UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. FACULTÉ DE DROIT

DE

LA CAUSE ILLICITE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue

PAR

LOUIS ARBUS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

PRIX DE LA VILLE DE MONTPELLIER (1899)

MONTPELLIER

IMPRIMERIE SERRE ET ROUMÉGOUS, RUE VIEILLE-INTENDANCE

1903

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VIGIÉ, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

BRÉMOND, Assesseur, professeur de Droit administratif.

GIDE, professeur d'Économie politique, en congé.

GLAIZE, professeur de Procédure civile, chargé des cours de Voies d'exécution et de Législation financière.

LABORDE, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et économie industrielles.

CHARMONT, professeur de Droit civil.

CHAUSSE, professeur de Droit romain.

MEYNIAL, professeur d'Histoire du Droit.

BARDE, professeur de Droit constitutionnel.

VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

DECLAREUIL, professeur de Droit romain, chargé des cours de Pandectes et d'Histoire du Droit public français.

MARGAT, professeur de Droit civil.

PERREAU, professeur de Droit civil approfondi.

MOYE, agrégé, chargé des cours de Droit international.

RIST, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique et du cours d'Histoire des Doctrines économiques.

PORTE, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

GRANGÉ, secrétaire.

LAURENS, professeur honoraire.

GIRAUD, secrétaire honoraire.

MEMBRES DU JURY

MM. MARGAT, *Président.*

BARDE,
PERREAU, } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. FACULTÉ DE DROIT

DE

LA CAUSE ILLICITE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue

PAR

LOUIS ARBUS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

PRIX DE LA VILLE DE MONTPELLIER (1899)

ACAD.
MONTPELLIER
BIBL.

MONTPELLIER

IMPRIMERIE SERRE ET ROUMÉGOUS, RUE VIEILLE-INTENDANCE

1903

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545808_0002

PRÉFACE

Le problème de la nullité des conventions illicites ou immorales peut être ramené à l'étude de deux questions principales :

1° Dans quel cas et à quelles conditions un contrat pourra-t-il être annulé comme contraire à la loi ou aux bonnes mœurs ?

2° Quelles seront les conséquences de la nullité prononcée ?

Chacune de ces questions est elle-même susceptible de solutions différentes. Le Droit Romain s'inspirait de principes que le législateur français a rejetés ; certaines législations étrangères, comme le Code fédéral suisse et le nouveau Code civil allemand, s'écartent à la fois et du Droit Romain et du Code civil français : c'est ce qui apparaîtra par un résumé succinct de ces divers systèmes.

Dans le Droit Romain primitif, la simple déclaration de volonté, le pacte nu n'étaient pas suffisants pour faire naître une obligation. Les parties devaient, pour être engagées, prononcer certaines paroles solennelles ou accomplir certains actes rigoureusement déterminés. Mais, ces formalités observées, les contractants étaient définitivement liés, alors même que d'autre part la convention fût fondée sur une cause illicite. La loi sanctionnait donc indifféremment les contrats contraires à la loi

et aux bonnes mœurs et les conventions licites et morales. Ce résultat parut de bonne heure injuste. C'est pourquoi, sans abroger les vieux principes — intangibles pour le traditionalisme romain, — le préteur et le Droit civil à sa suite en paralysèrent les effets rigoureux. L'« exceptio doli » fut d'abord donnée au débiteur d'une obligation immorale qui, actionné en justice, refusait de payer ; plus tard, la « condictio ob turpem vel injustam causam » lui permit même de revenir sur l'obligation exécutée, en répétant le paiement effectué. Mais le débiteur n'en restait pas moins tenu en droit strict ; c'est par faveur qu'on le déliait de son engagement. Il parut équitable de n'accorder cette faveur qu'aux personnes qui s'en montraient dignes ; le débiteur, complice de la turpitude dont l'acte était entaché, resta obligé d'exécuter son engagement. C'est cette idée qui a été condensée dans l'adage « nemo auditur propriam turpitudinem allegans ».

Le Code civil français, à la suite de Ferrière, Domat, Pothier, répudia les idées romaines sur l'acte abstrait. L'article 1131 dispose que la convention dont la cause est illicite devra être annulée. Voilà donc un élément nouveau, la cause, qui devient essentiel à la formation même du contrat (1108). Le juge ne sera donc plus lié, comme en Droit Romain, par la déclaration des parties ; son rôle ne se bornera pas à constater que les paroles prescrites ont été prononcées. Il pourra pousser plus loin ses investigations ; il recherchera le but immédiat et direct de l'acte, c'est-à-dire sa cause, et lorsqu'il lui paraîtra contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il prononcera la nullité. Toutefois, ses pouvoirs sont rigoureusement limités : il peut apprécier certains élé-

ments de l'obligation ; il ne peut aller au delà. Il est lié par la définition même de la cause, par la délimitation légale du contenu juridique de l'acte.

D'ailleurs, une fois l'illicité de la cause reconnue, l'article 1131, tel du moins qu'il est interprété par la grande majorité de la doctrine, prononce la nullité radicale, absolue, de l'acte. La convention dont la cause est illicite ne peut produire aucun effet, dispose l'article 1131. Si le débiteur est admis à refuser l'exécution de son obligation, s'il peut même répéter le paiement effectué, ce n'est pas, comme en Droit Romain, par faveur, par dérogation au droit strict, c'est par application même du principe de la nullité. Dès lors, la règle «nemo auditur» n'a plus la même base juridique en France qu'à Rome : le principe de la nullité opère d'une façon absolue, sans qu'il y ait aucune raison de distinguer entre l'hypothèse où le débiteur est complice et celle où il n'est pas complice de la turpitude qui entache la convention. L'article 1131 peut donc être considéré comme abrogeant la règle romaine. Toutefois, l'autorité de la tradition est si forte que la règle romaine a été longtemps appliquée en jurisprudence et que l'étude de ces applications constituera une partie importante de ce travail.

La théorie du Code civil a paru, à son tour, après le système romain de l'acte abstrait, empreinte d'un rigorisme exagéré. Les tribunaux jugent depuis longtemps arbitraires et excessives les limitations à leurs pouvoirs apportées par la théorie de la cause ; ils s'arrogent le droit d'apprécier l'acte dans son ensemble, dans ses motifs aussi bien que dans sa cause, dans la totalité de sa manifestation extérieure. La doctrine contemporaine paraît les suivre dans cette voie. Certaines législations étrangè-

res ont même consacré ces idées nouvelles ; l'article 138 du nouveau Code civil allemand déclare que l'acte contraire aux bonnes mœurs est nul. Il n'est fait mention d'aucune limitation tirée de l'idée de cause. Ainsi l'évolution de la théorie de la cause, depuis le Droit Romain jusqu'aux législations les plus récentes, est tout à fait caracteristique : d'abord le juge est lié par le formalisme du droit, il est obligé de sanctionner les conventions immorales lorsque les formes solennelles ont été observées. — En Droit français, il peut déjà pousser son investigation jusqu'au but direct et immédiat que les parties poursuivaient en contractant ; mais il ne peut aller au delà ; il ne peut pas apprécier l'acte dans son ensemble. — Le nouveau Code civil allemand franchit la dernière étape, et supprime la dernière limitation que la théorie de la cause apporte en Droit français aux pouvoirs du juge.

Quant aux conséquences de la nullité prononcée, le système du Code civil n'a pas plus de succès. Le nouvel article 817, en Droit allemand, revient à la règle romaine. D'autres législations vont même jusqu'à prononcer la confiscation, au profit de l'Etat ou de certains établissements de bienfaisance, de la chose litigieuse au cas de turpitude commune. Ainsi les articles 1174 du Code autrichien, 1305 du Code civil espagnol, 692 *in fine* du Code portugais.

Tels sont résumés, dans leurs grandes lignes, les différents systèmes qui se sont fait jour en notre matière. L'étude de chacun d'eux est nécessaire : le souvenir du Droit Romain peut seul expliquer certaines solutions de la jurisprudence française ; l'étude du droit comparé nous permettra d'apprécier si les législations étrangères ne sont pas, sur certains points, préférables à la nôtre.

Après avoir brièvement exposé la théorie romaine et les principes du Code civil sur la cause, nous nous proposons d'étudier les différentes applications que la jurisprudence a faites des articles 1131 et 1133 : c'est-à-dire les cas dans lesquels les tribunaux prononcent la nullité d'une convention comme ayant une cause illicite, et les conséquences qu'ils tirent du principe de la nullité. Cette étude de la jurisprudence est très utile parce qu'elle permet de suivre les théories juridiques dans leurs applications, dans leurs résultats pratiques et d'en mieux apprécier la valeur au point de vue législatif. Nous nous demanderons en terminant si cette pratique expérimentale de plus d'un siècle n'a pas montré la nécessité d'une modification aux articles 1131 et 1133.

DE LA CAUSE ILLICITE

INTRODUCTION

DROIT ROMAIN

Il peut paraître étrange de placer, au début de ce travail, l'étude d'une législation qui s'inspire, nous allons le constater bientôt, de principes tout différents de ceux du législateur français. Cette introduction n'est toutefois pas inutile : elle mettra d'abord en lumière l'originalité de la théorie française de la cause ; elle permettra ensuite de comparer le système du Code civil et le système romain, d'en peser réciproquement les avantages et les inconvénients et d'apprécier si, une fois encore, le retour aux principes admis par les jurisconsultes romains ne constituerait pas un véritable progrès.

I. — La théorie française de la cause est inconnue en Droit Romain

Nous verrons plus loin que le Code civil considère la cause comme un élément essentiel et distinct nécessaire à la formation de toutes les conventions.

Cette idée est étrangère au Droit Romain, où le lien contractuel pouvait se former en dehors de toute idée de cause. Il en était ainsi soit dans les contrats formels, soit dans les contrats réels ou consensuels. Dans les conventions qui se formaient par le simple consentement, comme la vente, le louage, la société et le mandat, les parties étaient engagées dès qu'elles avaient librement consenti et étaient tombées d'accord sur l'objet des deux obligations. Dans les contrats «re», c'était la «res», c'est-à-dire la prestation de la chose qui donnait naissance au contrat. Enfin, dans la «stipulatio» et les actes formalistes, les engagements devenaient obligatoires dès que les formalités qui constituaient les solennités légales avaient été observées. Pas plus dans un cas que dans l'autre, aucune idée de cause n'apparaît.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que le terme «causa» soit inconnu des textes romains. Les jurisconsultes, le Digeste, le Code l'emploient souvent, mais pour lui donner un sens tout différent de celui dans lequel nous l'entendons en Droit français : à Rome, le défaut de cause ou le caractère illicite de la cause n'entraînait pas l'inexistence du contrat, mais permettait seulement d'empêcher l'enrichissement injuste que la convention eût procuré au créancier.

Toutefois, cette idée que la cause n'est pas à Rome un élement essentiel du contrat n'a pas toujours été admise. Certains auteurs ont soutenu que la notion de cause se retrouvait dans toutes les conventions. Seulement, la notion romaine de la cause serait différente de celle du Code civil. D'après ce dernier, la cause, élément essentiel du contrat, est la cause finale, le but immédiat et direct que poursuivent les parties en s'engageant.

A Rome, la cause serait l'élément artificiel, de pure création légale, qui serait nécessaire pour donner force obligatoire à tout accord de volontés. Cette cause « efficiente » a été appelée la « causa civilis », expression empruntée à un texte romain, par opposition à la « causa naturalis » qui résulte du simple consentement, obligatoire par lui-même, indépendamment de toute formalité.

Cette «causa civilis» se retrouverait à Rome dans toutes les conventions. Dans les contrats formalistes, elle consisterait dans la solennité, les paroles ou l'écrit, desquels dépend la naissance de l'obligation. Dans les contrats «re», elle serait la prestation ou la tradition de la chose qui fait naître le contrat. Dans les contrats «consensu» enfin, elle résiderait dans la réunion de toutes les conditions nécessaires pour que la convention pût recevoir le nom de vente, de louage, par exemple dans la réunion de la chose et du prix qui distingue la vente de l'échange.

Cette théorie, développée par M. Vernet, a été depuis victorieusement réfutée par MM. Paul Gide et Accarias(1). Elle a le tort d'étendre en dehors de son domaine la notion de cause efficiente Cette dernière est étrangère aux contrats «re» et «consensu» ; le consentement et l'objet dans les seconds, la prestation de la chose dans les premiers sont bien les conditions même de formation du contrat. Mais ce sont des conditions naturelles, nécessitées par la force même des choses, et qui ne trouvent pas leur origine uniquement dans la volonté, arbitraire du législateur. Si donc la «causa civilis» est un élément artifi-

(1) Vernet.— Textes choisis sur la Théor. des Obl. en D. R., p. 6, 12, 163, 225.
P. Gide.— *Revue critique*, 1865, p. 235-240.
Accarias.— Traité des Contrats innomés, p. 4, 6 et 7.

ciel, de pure création légale, cet élément ne se rencontre que dans les contrats formels, et la théorie développée par M. Vernet n'aboutit qu'à décorer d'un nom nouveau, presque inconnu des textes, le formalisme des anciens contrats.

Cette opinion est aussi critiquable en ce qu'elle conduit à penser que le Droit Romain a connu une théorie générale de la cause, ce qui est de tous points inexact. Les jurisconsultes romains, qui étaient des praticiens, ennemis des généralisations, ont suivi en notre matière leur méthode préférée, recherchant à propos de chaque hypothèse particulière la solution la plus équitable. Cette méthode les a conduits à se préoccuper à plusieurs reprises de la cause, mais en des textes épars, sans lien, et en donnant à ce mot des sens souvent très divers.

Il se dégage toutefois des nombreux textes qui traitent de la cause quelques idées générales, qu'il est nécessaire de préciser parce qu'elles forment un système très original, tout différent du système français et qui, à plusieurs points de vue, présente une supériorité incontestable sur ce dernier. Ce système a été appelé «la théorie de l'acte abstrait».

II. — Théorie de l'acte abstrait

1° Exposé de cette théorie. — La théorie de l'acte abstrait ne se trouve développée chez aucun jurisconsulte romain. Elle est la conséquence du caractère formaliste des contrats primitifs. Le formalisme entraînait deux effets qui donnent aux anciens contrats de droit strict une physionomie spéciale : d'un côté, la formation du lien obligatoire était subordonnée à l'accomplissement

de certains actes rigoureusement déterminés, au prononcé de certaines paroles solennelles ; le simple accord de volonté, dépouillé de toute formalité, ne pouvait donner naissance au contrat. Mais, d'autre part, dès que les formes légales avaient été observées, l'acte était valable et obligatoire ; si le motif déterminant qui avait conduit à contracter n'existait pas ou était illicite, cette circonstance n'avait aucune influence sur la convention. Ce double effet s'expliquait par cette idée que la solennité légale était la condition à la fois nécessaire et suffisante de formation du contrat.

Le contrat formel existait donc par lui-même, indépendamment des raisons qui l'avaient fait conclure. Cette conséquence du formalisme, si elle n'a pas été mise pleinement en lumière par les jurisconsultes romains, ne leur a pas toutefois échappé. Un texte de Gaius, statuant dans le cas d'une stipulatio, le plus important des contrats formels, la consacre formellement : «Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus nec numeraverim... eam pecuniam a te peti posse certum est ; dare enim te oportet cum ex stipulatu teneris» (Gaius Inst., 4, 116 a). L'engagement subsiste donc d'après Gaius, quoique la cause pour laquelle le débiteur s'est obligé par stipulatio fasse défaut.

D'ailleurs, ce caractère abstrait du contrat n'est pas particulier à la stipulatio. Conséquence du formalisme lui-même, il se retrouve dans tous les contrats formalistes et, par conséquent, dans le nexum et le contrat litteris, aussi bien que dans la stipulatio ; c'est ce que nous allons prouver en quelques mots.

α. *Nexum.* — Le nexum fut d'abord un acte concret, puisqu'une des formalités qui le constituait consistait en

la pesée du métal à l'aide de la balance. Mais les XII Tables constatent déja que cette pesée était purement fictive : « Cum nexum mancipiumve faciat uti lingua nuncupassit, ita jus esto». Le débiteur était donc obligé dès que les paroles sacramentelles avaient été prononcées. Dés lors, le nexum pouvait servir à rendre obligatoire, non seulement un prêt, mais toutes sortes de conventions : vente, donation, etc. Sa cause, c'est-à-dire le véritable contrat qu'il déguisait, n'avait aucune influence sur sa validité.

β. *Stipulatio.* — Dès que la formule : «Centum mihi dare spondes? — Spondeo», avait été prononcée, les parties étaient définitivement liées. — L'opération ne pouvait être annulée que si son contenu en révélait le vice ; il fallait donc que son objet, tel qu'il était indiqué par les termes employés, fût en lui-même illicite ou immoral. L'illicité de la cause n'avait aucun effet, à moins toutefois que cette cause n'ait été mentionnée. L'acte devait, en effet, être apprécié d'après l'intégralité de la formule ; dès que les termes de la stipulatio contenaient un élément illicite, que ce fût l'objet, la cause, ou même le simple motif, l'acte était nul. Il dépendait donc des parties de rendre leur acte nul ou inattaquable. Ce système aboutissait à la complète autonomie de la volonté des contractants.

γ *Contrat litteris.* — Ce mode de contracter était pratiqué dans deux cas, d'après Gaius (3, 128) : pour constater une novation par changement de débiteur (transcriptio a persona in personam) ; pour transformer une obligation née d'une autre source, pacte, vente, etc., en une obligation littérale transcriptio a re in personam).

Dans ce second cas, une des utilités du contrat litteris était de donner un caractère abstrait à la dette. Le créancier inscrivait sur son registre, dans la colonne des recettes : «Acceptum a Titio ex vendito centum», et dans celle des dépenses : «Expensum Titio centum». Il semblait donc avoir reçu les 100 deniers qui lui étaient dus à titre de vente, et les avoir immédiatement retransférés à titre de contrat litteris. Dès lors, l'ancienne obligation, dégagée de sa cause, présentait tous les avantages et les inconvénients propres aux actes abstraits.

2° Inconvénients de cette théorie. — L'effet principal de la théorie de l'acte abstrait, qui lui donnait une physionomie spéciale et caractéristique, était celui-ci : le juge n'avait pas à rechercher quel était le véritable contrat que dissimulaient les formalités légales. Ses pouvoirs etaient réduits à leur plus stricte expression ; son rôle se bornait à de pures constatations matérielles. Dès qu'il constatait que les paroles sacramentelles avaient été prononcées ou que les solennités exigées avaient été observées, le juge devait sanctionner l'opération juridique qui lui était soumise.

Cette conséquence entraînait des avantages importants, sur lesquels nous insisterons tout à l'heure, mais elle entraînait aussi de graves inconvénients que nous devons préciser dès maintenant, afin d'expliquer tout le mouvement juridique qu'ils ont amené. Une fois le système exposé dans son ensemble, avec les tempéraments successifs qui ont été apportés à son excessive rigueur, il sera possible de l'apprécier, de le comparer au système français et de comprendre pourquoi certaines législations modernes l'ont adopté, en le modifiant legèrement.

Ces inconvénients peuvent être ramenés à deux prin-

cipaux : 1° Cette théorie offrait d'abord aux parties un moyen commode de tourner la loi. Le Droit Romain, pour des motifs spéciaux à chaque espèce, interdisait certains contrats à des catégories déterminées de personnes. C'est ainsi que les donations entre époux étaient prohibées à raison des abus d'influence qu'elles auraient pu favoriser. Le sénatus-consulte macédonien, pour mettre obstacle aux dépenses exagérées des jeunes Romains, déclarait nuls les prêts faits à des fils de famille. Mais il était bien facile de violer ces interdictions : au lieu de faire une donation ordinaire ou un «mutuum», les parties n'avaient qu'à recourir à la stipulatio et le tour était joué. Dès que les paroles solennelles avaient été prononcées, l'engagement du débiteur était obligatoire.

2° Le second inconvénient était plus important encore, parce qu'il avait une portée plus générale. Dans le premier cas, il nous a fallu supposer un contrat prohibé par la loi entre certaines personnes, hypothèse en somme assez rare. Mais un autre cas se présentait beaucoup plus fréquemment. Le débiteur, qui s'était engagé par stipulatio, avait promis parce qu'il croyait être tenu à raison d'une dette antérieure. Par exemple, il avait promis de restituer parce que son créancier lui avait versé des deniers ou promis de les verser. Mais si, par suite d'une circonstance quelconque, ce versement n'avait pas eu lieu, la partie qui s'était engagée par stipulatio n'en restait pas moins tenue. Pourtant la raison d'être de son obligation, sa véritable cause, n'existait pas.

Le même inconvénient se présentait d'ailleurs au cas où la cause de l'obligation du stipulant était, non plus inexistante, mais illicite ou immorale. La stipulatio, par

exemple, déguisait une opération synallagmatique : d'une part, la promesse de payer une somme d'argent ; de l'autre, l'engagement de ne pas commettre un délit ou un acte contraire aux mœurs. Voilà un prétendu contrat bilatéral, dans lequel une des parties seule sera engagée, celle qui a promis de ne pas commettre un délit y étant déjà tenue par la loi et les bonnes mœurs ! Le débiteur sera dépouillé, quoiqu'il n'ait aucune indélicatesse à se reprocher. Le créancier, qui se fait payer pour ne pas commettre un acte malhonnête et qui est, par cela même, peu digne d'intérêt, sera enrichi à ses dépens. N'est-ce pas un résultat peu équitable ?

Enfin, au cas de turpitude commune du créancier et du débiteur, notre système conduit à une inégalité choquante entre deux personnes également coupables. Une partie a promis, par «stipulatio», une certaine somme et, en compensation, son créancier s'est engagé, également par «crontrat verbis», à commettre un délit ou un crime. Ces deux parties sont également indignes, puisque l'une promet de commettre un acte répréhensible et l'autre s'en rend moralement complice en le favorisant. Elles méritent un traitement égal. Quelle sera donc leur situation réciproque en Droit Romain ? L'objet de la promesse de l'une étant immoral, les termes de la stipulatio constateront cette immoralité ; l'engagement sera nul. Au contraire, la partie qui aura promis une somme d'argent restera tenue, parce que rien dans la formule employée ne révèle le vice dont sa cause est entachée. Voilà encore une personne dépouillée au profit d'une autre, alors que toutes deux ont commis une faute égale.

Ces résultats pratiques choquaient visiblement l'équité,

Le Droit Romain ne pouvait les sanctionner longtemps. Il fallait aussi éviter que les contrats abstraits ne fussent un moyen facile de tourner les prohibitions légales. Ce double but a été atteint par des atténuations successives portées au principe de l'acte abstrait. Le nombre de cas dans lesquels le juge pouvait se préoccuper de la cause de l'obligation, c'est-à-dire du véritable contrat que dissimulaient les solennités légales, est devenu avec le temps de plus en plus grand ; nous allons étudier les principaux.

III. — Des atténuations au système de l'acte abstrait

Ces différentes atténuations vont nous montrer comment la notion de cause s'est peu à peu introduite dans l'organisme des contrats abstraits. Elles peuvent être classées en deux catégories : dans la première, le contrat pourra être annulé lorsqu'il aura eu pour but de tourner certaines interdictions légales; dans la seconde, ce même contrat pourra être dépouillé de tout effet pratique lorsqu'il n'aura pas de cause ou reposera sur une cause illicite. C'est cette dernière idée qui a donné naissance à la théorie des «condictiones», et, plus indirectement peut-être, à celle de la «querela non numeratæ pecuniæ».

1re Catégorie. — Les deux principales atténuations apportées en ce sens à la théorie abstraite sont relatives aux donations entre époux et aux prêts faits à des fils de famille.

α. Les donations entre époux furent interdites à une époque postérieure à la loi Cincia. De plus, cette dernière loi posait, en matière de donations, certaines règles

spéciales, décidant par exemple qu'au-dessus d'un certain taux, les libéralités demeuraient abandonnées au bon vouloir du donateur. Mais les donateurs qui auraient voulu se soustraire à ces restrictions légales avaient un moyen bien facile : ils n'avaient qu'à promettre par «stipulatio». Le juge, ne pouvant rechercher si cette opération déguisait une vente, un prêt ou une donation, était obligé de sanctionner cette violation de la loi. Le préteur, pour empêcher de pareils procédés, n'hésitait pas à donner au débiteur qui ne voulait pas s'exécuter une «exceptio», lorsqu'il était prouvé qu'il s'agissait d'une véritable donation (1). Le donateur n'exécutait donc sa promesse que s'il le voulait bien et, en définitive, la libéralité restait révocable ad nutum.

β. Le sénatus-consulte macédonien (2), dans le but de restreindre leurs dépenses exagérées et de prévenir les fautes que les dettes peuvent leur faire commettre, interdisait les prêts d'argent faits aux fils de famille. Mais ce sénatus-consulte ne s'appliquait qu'au mutuum ; il était donc facile de le tourner; les usuriers n'avaient qu'à exiger une «stipulatio» de leur victime et les protections légales restaient impuissantes. Pour mettre obstacle à une fraude aussi facile, les jurisconsultes décidèrent qu'il serait permis de rechercher si la stipulatio ne cachait pas un «mutuum» ; dans l'affirmative, le macédonien était applicable; l'«exceptio senatus-consulti macedoniani» était donnée au fils de famille pour le dispenser de restituer la somme prêtée. Derrière la stipulatio régulière, inat-

(1) Accarias, t, II, p. 33, note.

(2) Digeste. 14-6. De senatus consulto macedoniano.
Girard. — *Manuel de Droit romain*, p. 501.

taquable d'après les principes du droit civil, on recherchait bien la cause véritable, le prêt immoral que cette stipulatio était destinée à cacher.

2e Catégorie. — Nous avons vu qu'il était contraire à l'équité de maintenir l'obligation du débiteur qui s'était engagé sans cause ou pour cause illicite. Le Droit Romain vint au secours de ce débiteur, au moyen d'une «exceptio» et d'une «condictio», et dans une hypothèse spéciale, par la «querela non numeratæ pecuniæ».

α. *L'exceptio et la condictio*, — De bonne heure, le débiteur qui s'était engagé sans cause ou pour cause illicite eut un moyen de repousser l'action du créancier : ce fut «l'exceptio doli» accordée dans ce cas par le préteur. Gaius, après avoir dit que l'emprunteur qui s'est engagé par stipulatio est tenu de restituer alors même qu'il n'aurait pas touché, ajoute que néanmoins l'«exceptio doli mali» lui sera accordée (1) : «Quia iniquum est te eo nomine condemnari». Un texte de Paul au Digeste (2) montre que ces principes, admis au cas de défaut de cause, l'étaient aussi au cas de cause illicite: «Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen...». Les textes ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que cette exception était donnée au débiteur dans tous les cas, même s'il avait participé à la turpitude dont l'acte était entaché. Telle est, du moins, l'opinon dominante (3).

---

(1) Gaius. — Inst. Com. 4, § 116 a.
(2) Digeste. — Livre 12, Titre 5, Loi 8.
(3) Accarias. — *Manuel de Droit Romain*, t. 2, p. 33.

Ce procédé n'était réellement efficace qu'au cas où le débiteur, n'ayant pas payé, était actionné en exécution de son obligation. Mais s'il avait payé, l'exception ne pouvait lui permettre de répéter, puisque, par sa nature même, elle supposait le débiteur défendeur à l'action. C'est ici que le Droit civil intervint de bonne heure en lui donnant une «condictio».

Mais ce n'est pas tout! Le débiteur, avant tout paiement, avant toute poursuite, pouvait désirer sa libération. Il ne pouvait agir par l'«exceptio», puisqu'il voulait jouer le rôle de demandeur. Il ne put pas non plus, pendant longtemps, agir par la condictio, parce que cette dernière n'était donnée qu'au cas de «certa res» ou de «certa pecunia» et que la libération est un fait, un «incertum». Julien (1), un des premiers, constate l'existence de cette «condictio incerti» : «Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur». Dès lors, le débiteur put par la condictio demander soit sa libération, soit la restitution de la chose payée.

Mais le cas le plus important, celui sur lequel nous insisterons parce qu'il rentre plus spécialement dans l'objet de notre étude, est celui de l'action donnée au débiteur d'une obligation illicite ou immorale qui veut répéter le paiement effectué : c'est le cas de la «condictio ob turpem vel injustam causam».

Cette dernière est fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause. La condictio fut primitivement une action donnée toutes les fois qu'une personne s'était enrichie injustement aux dépens d'autrui, qu'il s'agisse d'un

(1) Julien au Dig. Liv. XII. Tit. 7. Loi 3.

échange non réalisé, d'un vol, du paiement de l'indu ou d'une dette immorale. Les jurisconsultes de la fin de la République et de l'Empire distinguèrent les différents cas d'application de la condictio, et c'est ainsi qu'on fut amené pour chacun d'eux à créer des conditions spéciales (1). La «condictio ob turpem vel injustam causam» eut, dès lors, son domaine propre et délimité.

Lorsqu'un débiteur a fait une «datio» en vue d'atteindre un but immoral pour l'«accipiens», pour le détourner de commettre un délit, par exemple, la tradition est inattaquable. La tradition est un acte abstrait qui suppose uniquement l'intention de transférer la propriété chez l'un, de l'acquérir chez l'autre. Mais parce que ce résultat blesse manifestement l'équité, on permet à celui qui en souffre de s'indemniser du préjudice subi en faisant prononcer à son profit contre l'accipiens, au moyen d'une action personnelle, une condamnation pécuniaire équivalente au montan de la somme payée. La «condictio ob turpem vel injustam causam» se présente donc comme une abrogation timide et détournée du Droit ancien, comme une faveur exceptionnelle accordée à un individu digne de protection. Ces caractères expliquent son mode de fonctionnement (2).

D'abord, elle ne sera accordée qu'au débiteur digne d'intérêt. On distingue à ce point de vue les cas de turpitude imputable à l'«accipiens» seul, au seul «tradens» ou aux deux parties. La condictio ne sera accordée que dans

---

1) Girard. — *Manuel de Droit Romain*, p. 598.

2 Digeste. XII, 5. De cond. ob turp. vel inj. causam. Les deux condictiones, réunies au Digeste, font l'objet de titres distincts au Code : C. IV, 7. De cond. ob turp. caus. C. IV, 9. De cond. ex injusta causa.

le premier cas (1). Cela est très équitable au cas où l'accipiens est seul coupable. Cela l'est moins au cas de turpitude commune. Ce système aboutit, en définitive, à rendre inattaquable la convention immorale dès qu'elle a été exécutée. Aussi, certains textes du Digeste (Papinien au Dig. XII, 7. Loi 5) révèlent-ils une tendance, chez les jurisconsultes, à voir un cas d'absence de cause plutôt que de cause illicite lorsque le doute était possible, et à écarter ainsi les règles spéciales à la « condictio ob turpem vel injustam causam », principalement la règle : « in delicto pari potiorem esse possessorem ». Mais lorsque le doute sur le caractère illicite n'était pas possible, le respect des vieux principes exigeait qu'on maintînt, au cas de turpitude commune, les conséquences de la « traditio » valablement effectuée.

En second lieu, la condictio n'est qu'une action subsidiaire. Le tradens ne peut en faire usage que si aucun autre moyen de droit ne s'offre à lui. Dans les contrats de bonne foi, par exemple, le débiteur qui a payé l'obligation à cause immorale, ayant à sa disposition l'action née du contrat, ne pourra pas employer la condictio. (Dig. XII. 5. Loi 9, §. 1.).

Tels sont les deux caractères de la « condictio ob turpem vel injustam causam ». Le premier est le plus important ; il montre que la condictio étant une exception aux vieux principes du Droit Romain ne pouvait être accordée qu'au débiteur réellement digne de faveur. L'ancien Droit Romain considérait les conventions immorales comme valables. Le Code civil français les déclare nulles (1131). Cette nullité n'est plus une dérogation aux principes ; elle

(1) Digeste. XII. 5. Lois 2 et 4, § 2.

en est une application. Il n'y a donc aucune analogie à ce point de vue entre les deux législations romaine et française; elles partent toutes deux de points de vue opposés. Par conséquent, les adages latins « in pari delicto potiorem est possessorem » et son synonyme « nemo auditur propriam turpitudinem allegans » ne sont pas plus applicables sous le Code civil que les principes dont ils ne sont que la conséquence. Nous verrons plus loin que cette idée a été souvent méconnue par la jurisprudence et par certains jurisconsultes, ce qui a conduit en Droit français à des solutions plus conformes au Droit Romain qu'au Code civil.

β *Querela non numeratæ pecuniæ* (1). — Un nouveau développement très caractéristique de la théorie de la cause se trouve dans la « querela non numeratæ pecuniæ», Ici, la marche de la législation romaine a conduit à un renversement complet des anciens principes : à donner au créancier la charge de prouver l'existence de la cause, alors que, d'après la théorie de l'acte abstrait, la créance eût été valable même si le débiteur eût réussi à prouver qu'elle n'avait pas de cause. Permettre au débiteur de se libérer en prouvant l'inexistence de la cause, voilà une première dérogation. Mais libérer le débiteur de toute preuve et obliger le créancier à prouver l'existence de la cause, voilà une exception plus notable encore. Telle fut pourtant la solution du droit récent.

L'emprunteur d'argent qui, selon les habitudes romaines, s'était engagé par contrat verbal n'était pas moins tenu d'après le Droit civil, alors même que le prêt ne se

(1) Girard, p. 486.

fût pas réalisé. Il est vrai que, dès l'époque classique, il pouvait invoquer le défaut de cause de son engagement, soit, lorsqu'il était poursuivi par « l'exceptio doli », soit, avant toute poursuite, par la « condictio sine causa ».

Mais c'était à lui de prouver l'absence de cause. Au contraire, dans le « mutuum », c'était au créancier qui réclamait le paiement à faire la preuve du versement des deniers. Selon que les parties avaient eu recours à la « stipulatio » ou au « mutuum », la charge de la preuve incombait donc au créancier ou au débiteur. Les fraudes commises par de prétendus créanciers durent être nombreuses, puisque le législateur crut devoir intervenir, probablement sous le règne de Caracalla (1), en renversant les règles de la preuve au cas de prêt d'argent opéré au moyen de la stipulatio. Le souscripteur du billet eut désormais la « querela non numeratæ pecuniæ » avant toute poursuite et, après, « l'exceptio » du même nom. La simple déclaration qu'il n'avait pas reçu les deniers avait pour effet de mettre le créancier dans la nécessité de prouver la numération.

Il est vrai que cet avantage était compensé par un inconvénient. Le signataire du billet n'avait pour intenter la querela ou pour opposer l'exceptio qu'un certain délai à compter de la date du billet, délai qu'une constitution de Dioclétien (2) nous apprend avoir été d'un an avant lui et avoir été porté par lui à 5 ans. Ce délai écoulé, l'aveu résultant de son inaction confirmait le premier résultant de son contrat et ne pouvait plus être écarté par la preuve contraire.

---

(1) GIRARD, p. 487, note 1.
(2) GIRARD, p. 488, note 1.

Il n'en reste pas moins que dans cette hypothèse la loi se préoccupait encore de la cause de la stipulatio, et, renversant même les règles du droit, mettait la preuve de cette cause à la charge du créancier.

IV. — De l'idée de cause en Droit Romain

La pratique et les auteurs furent donc amenés progressivement à apporter des exceptions de plus en plus nombreuses aux anciens principes. Les hypothèses dans lesquelles le juge avait à rechercher la cause de la stipulatio augmentèrent toujours en nombre.

Cette évolution fut hâtée encore par l'habitude qui s'introduisit de constater la stipulatio par écrit. L'écrit que l'on dressait indiquait, en général, le pacte préexistant, lequel était le véritable générateur de l'obligation, d'après le Droit prétorien, qui accordait soit une exceptio, soit une condictio au cas où ce pacte n'existait pas en réalité ou était illicite. Au contrat verbal, qui ne mentionnait pas la cause, se substitua peu à peu un contrat prouvé par écrit, indiquant souvent que les paroles solennelles avaient été prononcées alors qu'elles ne l'avaient pas été, et portant mention de sa cause. « Le contrat soi-disant verbal se faisait par écrit », déclare M. Gide. (Étude sur la Nov., p. 171).

Le contrat verbis n'est donc pas resté ce qu'il était à l'origine ; il n'a pas conservé toujours une existence propre et indépendante; après avoir été le fondement des obligations, il a dû lui-même reposer sur quelque fondement, sur une obligation préexistante. N'est-ce pas cette nouvelle phase dans l'évolution de la

stipulatio que constatent Paul quand il écrit : « Obliga-»tionum firmandarum gratia stipulationes inductæ sunt» (Sent. V. 7. pr.) et Ulpien lorsqu'il déclare : «Sciendum »est omnes stipulationes natura sui cautionales esse; »hoc enim agitur instipulationibus ut quis cautior sit et »securor interposita stipulatione » (Ulpien. Dig. XLVI. V. Loi 1, § 4). La stipulation devenait donc une opération subsidiaire ; le principal c'était la cause. Cette décision de Paul et d'Ulpien constitue bien, comme le remarque M. Brissaud (1), «le dernier pas dans la réaction contre le »formalisme de l'ancien droit et contre son principe »essentiel de l'exclusion de la notion de cause ».

Mais la notion de cause n'a jamais eu en Droit Romain le même sens ni la même portée qu'en Droit français. Sa nature comme ses effets sont différents dans les deux législations.

α. *Sa nature.* — D'après le Code civil, la cause est un élément essentiel à la formation des conventions, au même titre que le consentement et l'objet. Cette notion a toujours été étrangère à la législation romaine, qui considérait le contrat comme formé dès qu'il s'était produit un fait générateur d'obligation, tel que les paroles dans la stipulatio, la res præstita dans les contrats réels, le consentement dans les simples pactes munis d'action. Les textes, qui parlent de l'obligation sans cause, considèrent néanmoins l'engagement comme existant : « Qui »sine causa obligantur, incerti condictione consequi pos-»sunt ut liberentur », dit la loi 3, D. XII. 7, qui suppose bien que le débiteur est tenu, puisqu'elle lui accorde un

(1) Brissaud. — Thèse, 1re partie, p. 171-172

moyen de se libérer. La cause en Droit Romain était le contrat, l'accord de volontés, auquel les paroles solennelles avaient donné force obligatoire. Le pacte préexistant était la cause de la stipulatio, et si ce pacte était inexistant ou interdit par la loi, la stipulatio n'avait pas de cause ou avait une cause illicite.

β. *Ses effets.* — Le Code civil (art. 1131) prononce la nullité absolue du contrat vicié dans sa cause. A Rome, au contraire, le défaut de cause, ou le caractère illicite de cette dernière, n'avait aucune influence sur la validité de l'acte. Mais le contrat n'avait plus qu'une existence purement théorique ; il était dépouillé de tout effet pratique, le débiteur n'étant pas tenu d'exécuter son obligation ou pouvant répéter le paiement effectué. Seulement, si la convention était dépourvue de toute efficacité, ce n'est parce qu'elle était nulle, mais parce qu'elle eût procuré au créancier un enrichissement injuste. La théorie de la cause à Rome est intimement liée à celle de l'enrichissement injuste, dont le fondement rationnel est le suivant : Tout enrichissement d'un patrimoine au détriment d'un autre patrimoine, qui n'a pas de cause ou a une cause illicite, doit être évité ou peut être répété.

V. — Comparaison de la théorie romaine de l'acte abstrait et de la théorie française de la cause

Les différences entre les deux législations romaine et française découlent toutes de cette idée principale : la stipulation qui n'a pas de cause ou repose sur une cause illicite n'en reste pas moins valable et obligatoire — théoriquement du moins — en Droit Romain. Le contrat atteint des mêmes vices manque, d'après le Code civil

(art. 1131), d'une des conditions même de sa formation; il ne peut pas prendre naissance. Cette différence dans le principe en entraîne d'autres comme conséquences.

1° Le débiteur romain qui s'est engagé par stipulatio doit exécuter, en droit strict, son obligation, quoiqu'elle n'ait pas de cause ou ait cause illicite ; le débiteur français, dans les mêmes conditions, n'est au contraire pas tenu. A ce point de vue, la législation française paraît plus équitable ; mais nous avons vu que le Droit Romain a su tempérer la rigueur de l'engagement du débiteur. Ce dernier obtint du préteur une exceptio ou une condictio qui lui permit de ne pas s'exécuter ou de répéter le paiement effectué. Pratiquement, sa situation paraît donc la même qu'en Droit français ; elle est pourtant très différente sur un point particulier. La condictio étant un tempérament d'équité aux principes stricts du droit civil ne sera accordée au débiteur que si le préteur le juge digne d'intérêt. Si ce débiteur a participé à l'illicité ou à l'immoralité qui entache l'acte, il est inutile de faire fléchir les principes en faveur d'une personne indigne ; le droit strict restera appliquable et la « stipulatio » produira tous ses effets. Le Droit français a, sur ce point, un caractère plus objectif : la convention, étant viciée dans son essence par l'immoralité de sa cause, n'a pas pu prendre naissance, ni, par conséquent, engendrer aucune obligation. Le débiteur, même complice de fraude, est libéré ; telle est, du moins, l'opinion que nous soutiendrons plus loin et qui nous paraît être la conséquence logique du principe de la nullité admis par l'article 1131 du Code civil. Sur ce premier point, la différence entre les deux législations se réduit donc à une solution différente au cas de turpitude commune du créancier et du débiteur. Nous rechercherons dans la deuxième partie de cette

étude quelle est de ces deux solutions celle qui nous paraît la meilleure en législation et nous conclurons que la solution du Code civil est encore préférable.

2° Mais la seconde et la plus importante différence entre les deux législations nous paraît révéler une véritable supérioté du système romain. La condictio accordée à Rome au débiteur qui avait exécuté son engagement était une simple action personnelle : Le débiteur, s'il réussissait dans son action, obtenait une créance de restitution de la chose payée. Cette chose se trouvait-elle encore dans le patrimoine de l'«accipiens», le «tradens» rentrait en sa possession. Mais, au cas contraire, quand l'accipiens avait aliéné la somme ou l'objet payé à un tiers acquéreur, la simple action personnelle du tradens ne réfléchissait pas contre ce tiers ; elle ne donnait à son titulaire qu'un simple droit de créance qu'il pouvait seulement réaliser sur le patrimoine de son débiteur. En Droit français, la situation est toute différente ; le créancier payé, qui a vendu la chose à un sous-acquéreur, n'a pu transférer que les droits qu'il avait lui-même ; or, si nous supposons que la convention qui l'avait rendu propriétaire était sans cause ou avait une cause illicite, elle n'avait pu lui conférer aucun droit, et lui-même n'avait pu transmettre un droit qu'il n'avait jamais eu. C'est ainsi que la chose payée se trouvant sans titre entre les mains du tiers acquéreur, le tradens peut la revendiquer; son action réfléchit contre les tiers. S'il s'agit d'un objet mobilier, le sous-acquéreur sera protégé par la règle : *en fait de meubles, possession vaut titre* (art. 2279), mais il restera sans défense, si l'objet litigieux est une créance ou un immeuble. Les formalités de publicité : signification de la cession de créance, transcription du titre

translatif de propriété immobilière, qu'il aura pu effectuer, seront totalement dépourvues d'efficacité, ces formalités supposant un transfert existant et dans l'espèce la transmission n'ayant pas eu lieu.

Pourtant, en équité, le sous-acquéreur devrait être préféré au tradens primitif. Ce dernier, même s'il n'est pas complice de la fraude dont le contrat est entaché, n'en a pas moins concouru à un acte illicite ou immoral. Au contraire, le sous-acquéreur ne saurait être rendu moralement responsable des vices qui entachaient le titre de son auteur.

D'ailleurs, une telle situation est de nature à entraver la circulation des biens ; les personnes qui désireraient acheter hésiteront devant les risques de dépossession, le défaut de sécurité de leur acquisition. Donc, soit au point de vue de l'équité, soit au point de vue de la libre et facile circulation des biens, la solution romaine, conséquence de la théorie de l'acte abstrait, est préférable à la solution admise par le Code civil français.

Cet avantage explique la vogue qu'eut la stipulation à Rome. Les deux autres modes de contracter tombèrent de bonne heure en désuétude, par suite d'inconvénients spéciaux qu'ils présentaient, mais le brillant avenir du contrat verbis compense et au delà la carrière modeste du « nexum » et du contrat « litteris ». La stipulatio devint, selon le mot de M. Charles Gide, « un moule à contrats ». M. Accarias déclare, dans le même sens, qu'à Rome le principe était : « tout par la stipulatio, rien sans la stipulatio » (1).

---

(1) Accarias. — *Précis*, t. II, p. 18.

Ces avantages expliquent également les tentatives modernes faites pour ressusciter, même en dehors du formalisme, le contrat abstrait de sa cause. Cette tendance s'est d'abord manifestée pour certains actes spéciaux, certains titres de créance dont la principale qualité réside dans la facile circulation. C'est ainsi que la lettre de change est devenue en Allemagne, en Angleterre et aux États-Unis un véritable papier-monnaie, donnant une complète sécurité à ses endosseurs successifs, parce que la créance qu'elle constate est valable indépendamment de sa cause. En France, au contraire, le billet à ordre et la lettre de change non seulement doivent avoir une cause valable, mais encore doivent porter la mention de cette cause (1).

Mais la tentative la plus importante, celle qui a la portée la plus générale, a été faite par le nouveau Code civil allemand. Toutefois, la législation allemande, si elle se rapproche sur certains points du Droit Romain, s'en éloigne sur d'autres points. Son étude mérite un chapitre spécial, qui servira d'appendice à cette introduction romaine.

VI.— La théorie romaine de l'acte abstrait et le nouveau Code civil allemand

Le Droit allemand s'inspire de principes différents au cas de défaut de cause ou d'erreur sur la cause, et au cas de cause illicite. De plus, la solution qu'il consacre en matière de cause illicite le conduit à une conception toute spéciale de ce qu'en Droit français nous appelons «l'or-

(1) Gide. — Etude sur la novation, p. 20 à 27.

dre public et les bonnes mœurs». Il convient donc de diviser cette étude en trois parties : 1° Défaut de cause ou erreur sur la cause ; 2° cause illicite ; 3° notion de l'ordre public et des bonnes mœurs.

1° *Défaut de cause ou erreur sur la cause.* — C'est ici le point de contact entre les deux législations allemande et romaine. Le Droit allemand part de ce principe que la volonté par elle-même, acte de volition interne, ne peut produire aucun effet juridique. Le fait générateur de droit, c'est la manifestation extérieure, la «déclaration de volonté», fait matériel, susceptible d'appréciation objective. «Tout se ramène, écrit M. Saleilles (1), à l'autonomie »de la volonté, seule libre, maîtresse et souveraine. Seu»lement, cette volonté n'est pas souveraine dans son »fond et dans sa réalité psychologique ; elle ne l'est que »dans sa manifestation extérieure. La volonté autonome, »mais la déclaration substituée à la volonté, tel est le »principe du Droit moderne, consacré par le Code civil allemand».

Il semble que le Droit allemand soit ainsi ramené au formalisme des législations primitives, à celui par exemple de la stipulatio romaine. Toutefois, il admet que le sens de la déclaration doit être apprécié, non pas d'après la lettre même du texte, mais plutôt d'après l'intention des parties au moment de la manifestation extérieure de leur volonté (art. 119). Les pouvoirs d'interprétation du juge sont plus larges qu'en Droit Romain ; c'est par là que le Code civil allemand se montre moins formaliste que la législation romaine.

---

(1) Saleilles. — De la déclaration de volonté, page 19.

La conséquence de ce principe relative à notre matière est la suivante : «Pour savoir si une erreur porte sur un »point que l'on doive prendre en considération et par »suite pour savoir si cette erreur donnera lieu à nullité, »il suffira de se demander si ce point faisait partie du »contenu de la déclaration.... Ce contenu n'est pas fixé »par la loi objectivement ; il dépend de la volonté des »intéressés. Il comprend tout ce que l'auteur de la décla»ration a voulu qu'il comprît et il ne comprend que cela»(1). En Droit français, le principe est tout différent. Le contenu de l'acte, sur lequel le juge doit se baser pour apprécier sa nullité ou sa validité, ne dépend aucunement des termes employés par les parties. La loi en trace la délimitation, qui réside dans la distinction de la cause et des motifs: Le juge doit tenir compte de la cause, élément essentiel, rigoureusement défini, et cela alors même que les contractants n'en aient pas parlé. Il ne peut tenir compte des motifs, éléments intimes, variables, et cela alors même que les parties les auraient mentionnés dans l'acte. Cette différence dans le principe des deux législations peut être résumée ainsi : en Droit allemand, le contenu de l'acte dépend de la volonté des parties ; en Droit français, ce contenu est rigoureusement délimité par le législateur.

Par conséquent, si les parties en Droit allemand ont voulu abstraire la promesse de sa cause, la déclaration ne sera pas nulle, si, en réalité, il y a eu défaut de cause ou erreur sur la cause. Les contractants, en gardant le silence sur la cause de leur contrat, empêchent le législateur de s'en préoccuper. Seulement, les mêmes raisons

(1) Saleilles.— De la déclaration de volonté. art. 138.

d'équité qui avaient conduit à donner une condictio au débiteur romain ont inspiré l'article 812 du nouveau Code allemand, qui donne à ce débiteur le droit à la restitution, droit de nature purement personnelle, sans effet réel. C'est donc le même principe qu'en Droit Romain, avec le même tempérament, tiré de la théorie de l'enrichissement injuste.

A l'inverse, si un élément faisant partie du contenu de la déclaration a donné lieu à une erreur, sans qu'il y ait à distinguer si cet élément ne serait qu'un motif ou une cause au sens du Droit français, s'il n'est qu'essentiel ou accessoire, le recours est la nullité (art. 1193). Le juge ne peut tenir compte que de la déclaration, mais il doit tenir compte de toute la déclaration. C'est encore le système romain, et le contraire du système français, où le simple motif, même exprimé, n'a aucune influence sur le contrat.

2° *Cause illicite.* — Il semble qu'il n'y avait aucune raison de distinguer entre cette hypothèse et la précédente. Dans les deux cas, la législation romaine et le Code civil français s'inspiraient des mêmes principes ; une solution uniforme paraissait s'imposer entre ces deux espèces considérées comme les applications d'un même principe. Tel était bien, en effet, le système admis par le premier projet (art. 106 P[1]), d'après lequel l'acte ne pouvait être annulé que lorsque l'illicité ou l'immoralité ressortait de la déclaration elle-même.

Les parties, d'après ce projet, eussent été maîtresses en quelque sorte de rendre l'acte valable ou nul. Elles auraient pu, dans les conventions synallagmatiques, isoler les deux obligations, les rendre indépendantes l'une de l'autre quant à la validité. Elles auraient pu, en sens

contraire, insérer les motifs dans la déclaration, les transformer ainsi en véritable cause, susceptible d'entraîner la nullité du contrat. Ici, comme dans l'hypothèse précédente, «le contenu de l'acte juridique eût dépendu uniquement de la volonté des parties». (Saleilles, art. 138).

Il est vrai qu'ici encore la théorie de l'enrichissement injuste eût permis d'annuler l'engagement fondé sur une cause illicite. Mais ce tempérament d'équité n'a pas paru suffisant. Déclarer valable — même à titre purement théorique — un contrat entaché d'illicité ou d'immoralité peut sembler choquant: l'ordre public, les bonnes mœurs violées demandent une répression franche et claire. De plus et surtout, le législateur allemand a voulu supprimer tout obstacle, toute limitation aux pouvoirs d'appréciation du juge. Pour atteindre plus facilement la diversité et le nombre des contrats contraires aux mœurs ou à la loi, il a cru devoir donner au juge un pouvoir souverain, lui permettant d'apprécier l'acte dans son ensemble, dans la totalité de sa manifestation extérieure.

De pareilles considérations expliquent que la seconde Commission du Reichstag ait été amenée à rejeter, au point de vue de la cause illicite, la théorie de l'acte abstrait. L'article 138, § 1, est ainsi conçu : «un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul».

Le juge n'aura donc pas à se baser uniquement sur la déclaration des parties. Il pourra rechercher, même s'il n'est pas exprimé, quel est le but véritable de l'acte. La théorie de l'acte abstrait est abandonnée à ce point de vue.

Le juge ne sera pas non plus lié par la délimitation légale du contenu de l'acte, par la définition de la cause, telle qu'elle ressort en Droit français des articles 1108 et 1131, éclairés par les travaux préparatoires et par la

tradition. Il pourra tenir compte de tous les éléments de l'acte, de toutes les circonstances qui l'accompagnent, des motifs qui l'expliquent, du but qu'il poursuit, des conséquences qu'il peut avoir, aussi bien que de la condition dont il est affecté et de la cause (stricto sensu) qui l'a déterminé.

3° *Notion de l'ordre public et des bonnes mœurs.* — L'article 138 consacre une solution nouvelle au problème des conventions illicites : il abandonne le système romain de l'acte abstrait, ainsi que la théorie française de la cause. Sa principale originalité consiste dans la suppression de toute limitation apportée aux pouvoirs d'appréciation du juge.

Mais, chose étrange ! tandis que toutes les restrictions aux pouvoirs du juge apportées par le Droit Romain et le Droit français étaient supprimées, le nouveau Code civil allemand a cru devoir limiter ses pouvoirs sur un terrain où ses législations ne connaissaient aucune règle restrictive. Le Droit français est très large quant à la conception de l'ordre public et des bonnes mœurs ; le juge est libre d'apprécier souverainement ce qui est ou non contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. Au contraire, l'article 138 s'inspire, sur ce point, de tendances moins libérales ; c'est ce qui résulte surtout de l'histoire de son adoption par le Reichstag.

Le premier projet reproduisait la formule française : tout acte contraire à la loi, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, était nul (art. 106. P[1]). Mais la Commission du Reichstag, en majorité gouvernementale, crut devoir supprimer la mention de la loi et de l'ordre public. Les socialistes, au contraire, voulaient la maintenir, et c'est

sans doute à cause du sens nouveau qu'ils donnaient à ces termes anciens que la discussion fut vive et que la majorité gouvernementale crut devoir les supprimer comme susceptibles d'interprétations dangereuses.

La loi, pour les socialistes, c'étaient les principes qu'ils prétendaient ressortir de la nouvelle législation prise dans son ensemble. L'ordre public, c'étaient tous les principes généraux d'ordre constitutionnel, servant de fondement à l'ordre social, politique et industriel ; c'était surtout le nouvel ordre de choses tel que le désire le parti socialiste avec ses principes de solidarité et de protection des faibles. En ce sens, l'ordre public eût été souvent contraire aux usages en cours ; c'est ainsi que bien des contrats portant atteinte à la liberté du travail ne sont dénoncés que par une minorité ; ils ne sont pas contraires aux mœurs actuelles ; mais par cela seul qu'ils sont la conséquence d'une inégalité de fait entre le patron et l'ouvrier, ils sont contraires à l'ordre public qui pose en principe l'égalité entre tous les citoyens.

Cette conception parut, à tort sans doute, dangereuse. Les orateurs du gouvernement la combattirent devant la Commission du Reichstag et, pour qu'aucune confusion ne fût possible, proposèrent une rédaction différente, ne mentionnant que les bonnes mœurs. Ils prirent comme exemple à l'appui de leur système la question de l'interdiction de la concurrence. Considérées comme contraires à la liberté du commerce, qui est un principe d'ordre public, toutes les conventions portant atteinte à la libre concurrence devraient, disait-on, être annulées. Pourtant, il est tout naturel et conforme aux usages en cours que l'on s'engage à ne pas faire concurrence dans un rayon déterminé et pendant un temps limité. Au con-

traire, soit dans la Commission, soit au Reichstag, en séance plénière, le parti socialiste s'attacha à démontrer que cette conception d'une morale purement expérimentale, basée sur les usages en cours, était trop étroite ; il voulait que le juge pût fonder ses décisions non pas seulement sur les mœurs telles qu'elles sont, mais sur l'ordre de choses tel qu'il devrait être, tel qu'il résulte des tendances nouvelles du législateur et de l'opinion.

Cette notion purement doctrinale parut trop personnelle et arbitraire; c'est pourquoi le nouvel article 138 ne parle que des bonnes mœurs. La seule concession faite aux idées nouvelles se trouve dans la seconde partie de l'article 138, qui prononce la nullité des conventions usuraires. L'usure, telle que la conçoit ce texte, ne consiste pas uniquement, comme en droit français, dans l'exigence d'un intérêt trop élevé dans les prêts d'argent ; ce n'est pas non plus la simple lésion qui, d'après le nouveau Code civil allemand, à la différence du Droit français, ne suffit en aucun cas, même dans l'hypothèse d'une vente d'immeuble avec lésion de plus des 7/12e pour entraîner la rescision de l'acte. Elle réside dans la lésion qui résulte de l'exploitation du travailleur. Seront nuls comme usuraires tous les contrats par lesquels un ouvrier dans la misère ou le chômage aura accepté un salaire insuffisant. A ce point de vue même, l'article 138, § 2, est plutôt une application qu'une dérogation au premier paragraphe de cet article. N'est-il pas contraire à la conception actuelle des bonnes mœurs qu'un individu abuse de la misère et des souffrances d'un ouvrier pour l'employer à un salaire trop minime? Cette exploitation de la situation misérable d'un infortuné ne viole-t-elle pas l'idée moyenne que l'on se fait ordinairement des relations économiques entre patrons et ouvriers?

Tel est le nouvel article 138. Il ne mentionne que les actes contraires aux bonnes mœurs. Les discussions qui ont eu lieu lors de son élaboration au Reichstag montrent que son silence au sujet de la loi et de l'ordre public s'explique par le désir d'apporter quelques restrictions aux pouvoirs du juge que le rejet des théories de la cause et de l'acte abstrait avaient laissés sans limites.

Sur les trois points que nous avons étudiés, le Droit allemand apporte des solutions originales et intéressantes. En particulier, la théorie de l'acte abstrait, que notre ancien droit et le Code civil à sa suite avait rejetée, est en partie ressuscitée par lui. Nous verrons plus tard si cette résurrection ne doit pas être considérée comme un progrès.

ANCIEN DROIT

Le Code civil français et nos anciens auteurs s'inspirent, comme le nouveau Code civil allemand, des textes romains, mais pour en tirer des conclusions toutes différentes. Tandis que le Droit allemand emprunte à la législation romaine la théorie de l'acte abstrait, nos anciens auteurs font surtout des emprunts à la théorie des condictiones.

Le Droit Romain, dans la dernière phase de son évolution, avait pratiquement abandonné la théorie de la promesse abstraite, valable indépendamment de sa cause. Cependant le principe subsistait toujours, puisque le principal moyen de le tourner, la «condictio» ou l'«exceptio», en supposait l'existence. Ce n'est donc qu'indirectement que le juge romain pouvait se préoccuper de la cause dans les promesses abstraites.

L'ancien Droit français a franchi une nouvelle étape.

Il renverse le principe lui-même et déclare que lorsque les parties contractantes détachent, sous forme de billet, une promesse du pacte dont elle faisait partie, lorsque par exemple un débiteur prend par écrit l'engagement de payer sans dire pourquoi il s'engage, une telle promesse n'est valable que si le pacte lui-même l'était. C'était bien proscrire l'engagement abstrait de sa cause : «Ex pro-»misso autem nemo debitor constituitur nisi causa præ-»cesserit legitima promittendi, nullus pro rei inhonestæ »actu aliquid persolvere tenetur, nec actor ejus favendus »est sed potius puniendus». Ainsi s'exprime le Grand Coutumier de Normandie (1). Baumanoir (2) va même plus loin et semble exiger que l'écrit dressé pour constater la dette porte mention de la cause de cette dette, du contrat qui en est la source. «Et si ce sunt autres denrées, il les »doit nommer, et le nombre des denrées espécifier, et le »pris, et le nombre de l'argent. Car le letre qui dist que »je dois deniers, et ne fet pas mention de quoi je les dois, »est souspechonneuse coze de malice».

Rien ne prouve que notre très ancien droit soir allé au delà. Domat est le premier auteur dans lequel nous trouvions une généralisation de la notion de cause. Au lieu de réserver cette notion aux promesses abstraites, à ce que nous appelons aujourd'hui les billets non causés, il l'a introduite dans le domaine des contrats réels ou consensuels, pour en faire un élément essentiel, comme le consentement et l'objet. Désormais il ne suffira plus que les parties aient consenti librement et qu'elles soient d'accord

(1) Grand Coutumier de Normandie, ch. XCI, «de pactis». (Edition de Gruchy, p. 206).

(2) Baumanoir, XXXV, 22.

sur l'objet licite et moral de leur contrat. Le but final poursuivi par chaque partie va être pris en considération. A côté du consentement et de l'objet, naît un nouvel élément essentiel qui est la cause et sur lequel on va construire toute une théorie juridique, distincte des théories du consentement et de l'objet.

Mais tandis que notre ancien droit se montrait novateur au point de vue de la notion de cause, à d'autres points de vue il se contentait de reproduire le système romain. Lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences de la nullité des actes dont la cause est illicite, Domat et Pothier font appel aux textes du Code et du Digeste. Leur système est donc composé à la fois de pièces nouvelles et de pièces anciennes, empruntées à la tradition romaine. Nous allons donc étudier rapidement en quoi leurs idées se rapprochent et en quoi elles s'éloignent des principes qui se dégagent du Droit Romain.

1° De la notion de cause. — C'est à ce point de vue que Domat et Pothier se sont montrés novateurs.

Domat (1) déclare qu'on peut distinguer quatre sortes de conventions différentes «selon que les deux parties »se donnent une chose pour une autre, comme dans la »vente, ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme »s'ils se chargent de l'affaire l'un de l'autre, ou bien l'un »fait et l'autre donne, comme dans le louage de service, »ou bien un seul fait et donne, comme dans les libéralités.

» Dans ces trois premières sortes de conventions..., »l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. »Et dans les conventions, même où un seul paraît obligé,

(1) Domat.— Lois civiles, 1re partie, t. 1, section I, Nos 4, 5 et 6

»comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui »emprunte a été précédée, de la part de l'autre, de ce »qu'il devait donner pour former la convention.

»Dans les donations, l'engagement de celui qui donne »a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, »comme un service rendu, ou quelque autre mérite du »donataire, ou le seul plaisir de faire le bien, et ce sim- »ple motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit »et ne donne rien».

Ainsi, comme l'a fort bien remarqué M. Planiol (1): Domat distingue selon que le contrat est synallagmatique, réel ou gratuit. Dans les premiers, comme la vente, l'obligation de chaque partie est la cause de l'obligation de l'autre partie. Dans les seconds, comme le prêt, l'obligation de restituer a pour cause la prestation antérieure de la chose due. Enfin, dans les libéralités, la cause se confond avec les différents motifs d'estime, d'affection, de reconnaissance qui ont poussé le donateur à gratifier le donataire.

Certes, aucune de ces idées n'était nouvelle; elles ont toutes trois été empruntées au Droit Romain.

Dans les donations, les jurisconsultes romains appelaient déjà cause le motif que le donateur avait eu de donner: «Non sine causa obveniunt (donationes) sed ob meritum aliquod» déclare au Digeste Ulpien (2), qui parle plus loin de la «causa donandi». «Domat, remarque »M. Planiol, n'a fait que reproduire littéralement ce lan- »gage; son innovation consiste à attacher une impor- »tance décisive à la cause, alors que les anciens ne lui »en accordaient aucune».

---

(1) Planiol. — *Traité élém. Droit civil*, t. II, p. 320.

(2) Dig. XVII, 2. Loi 9 et XXXIX, 5. Loi 3.

Pour les contrats réels, Domat donne une appellation nouvelle à une chose déjà connue. Il appelle cause ce que les Romains appelaient res, la prestation de la chose qui fait naître l'obligation, le fait générateur, la source juridique de l'engagement. C'était la res qui, à Rome, donnait naissance au contrat réel : le mot res a été traduit par le terme chose dans notre ancien droit ; Baumanoir dit «coze», au lieu de chose. Domat en a fait cause, en détournant ainsi le mot de son sens naturel.

«Quant aux contrats synallagmatiques, la théorie de »Domat est beaucoup plus neuve, ajoute M. Planiol. »Il emprunte son idée à la théorie des condictiones. »L'existence d'une cause réelle et licite était exigée »par les Romains, non pas pour la formation des obli»gations, mais pour la conservation d'un bien ou d'une »valeur. En l'absence de cette cause on donnait une »condictio pour répéter la valeur fournie, l'enrichis»sement. Domat a donc transporté dans la théorie des »contrats une idée qui ne s'était appliquée jusque-là »qu'aux faits de possession et à l'acquisition des choses. »Jamais les anciens ne s'étaient demandé si une obliga»tion avait besoin d'une cause pour naître».

Donner à une idée une importance qu'elle n'avait pas à Rome, détourner un mot de son sens naturel, transporter une idée ancienne dans un domaine nouveau, telle a été l'innovation faite par Domat, qui a construit ainsi avec des matériaux épars, empruntés çà et là, une théorie nouvelle qui plaît d'abord par son apparente symétrie. L'expérience nous révèlera si cette théorie ne présente pas de graves inconvénients, qui auraient dû entraîner son rejet par les rédacteurs du Code civil.

Quoi qu'il en soit, les idées de Domat ont été admises par les jurisconsultes postérieurs.

Pothier (1) donne la même définition de la cause dans les contrats onéreux : «La cause de l'engagement que »contracte l'une des parties est ce que l'autre lui donne ou »promet de lui donner, ou le risque dont elle se charge». Il la précise même par un exemple tiré de la vente où il déclare que l'obligation de l'acheteur a pour cause l'engagement du vendeur, et réciproquement. Mais, au sujet des donations, il se montre plus laconique et plus obscur. «Dans les contrats de bienfaisance, dit-il, la libéralité que »l'une des parties veut exercer envers l'autre est une »cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers »elle». C'est sur ce texte, assez ambigu, que se fonde un parti important de la doctrine moderne pour prétendre que la cause dans les donations réside uniquement dans l'intention libérale, dans l'«animus donandi», et qu'elle doit être distinguée des simples motifs, lesquels sont variables avec chaque espèce de libéralité. Nous verrons si ce texte suffit à lui seul pour constituer la tradition, alors que Domat soutient l'opinion contraire en des termes plus explicites et plus nets.

2° Des conséquences de la nullité. — Après avoir créé une théorie presque nouvelle, il semble que Domat et Pothier aient hâte de recourir à la tradition. La nullité d'un contrat une fois reconnue, faudra-t-il admettre la répétition des sommes payées en exécution de cette convention ? Pothier, dans le passage précité, répond à cette question en reproduisant la distinction romaine entre les cas «où la cause, pour laquelle on a promis quelque »chose, blessait la justice ou les bonnes mœurs du côté

(1) Pothier. — Des obligations, chap. I, sect. 1, art. 3, Nos 42 à 46.

»seulement de la partie qui a stipulé ou du côté des deux »parties». La distinction importe, ajoute-t-il, au point de vue de la répétition du paiement effectué, qui est refusée au cas de turpitude commune. Et Pothier cite, comme exemple, la promesse d'une certaine somme faite par un officier à un soldat à la condition qu'il se battra contre un soldat d'un autre régiment. «La cause blesse les bonnes »mœurs de la part des deux parties, car l'officier n'a pas »moins blessé les lois et les bonnes mœurs en faisant cette »promesse que le soldat en l'acceptant».

Telles sont les idées émises par Domat et Pothier : leur théorie ne manque pas de confusion. Domat, surtout, la développe en des fragments épars et sans lien, disséminés dans son ouvrage. Pothier lui-même, malgré sa clarté et sa précision habituelles, est trop bref et bien laconique dans les quelques lignes qu'il consacre à la définition de la cause.

Le Code civil n'est pas plus explicite. Les textes sont brefs, presque muets ; les travaux préparatoires plagient Domat et Pothier. Il semble qu'au moment de la confection du Code civil, la théorie de la cause n'ait pas été encore sérieusement approfondie. Il est donc particulièrement intéressant d'en suivre les applications, de peser les avantages et les inconvénients qu'elle a présentés, et de conclure si l'expérience d'un siècle n'a pas démontré l'insuffisance ou l'inutilité du système admis par le Code.

C'est à cette recherche que nous allons nous livrer dans les deux parties de cette étude, en recherchant dans quels cas la cause est illicite et quelles sont les conséquences de la nullité de la convention contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

PREMIÈRE PARTIE

Dans quels cas la cause est-elle illicite ?

IDÉE GÉNÉRALE

« La théorie de la cause en Droit français, écrit »M. Saleilles (1), constitue à la fois une atteinte et une »garantie à l'égard du principe de l'autonomie de la »volonté. Atteinte en ce qu'elle permet au juge de recher»cher le but direct poursuivi par les parties, qui, d'après »la loi, rentre toujours dans le contenu de l'acte, garantie »en ce que l'appréciation du juge est limitée au contenu »réel, juridique de l'acte, et ne va pas jusqu'à l'apprécia»tion du contenu formel et des motifs ».

La théorie française de la cause apparaît comme un moyen terme, intermédiaire entre le système romain et la théorie de l'article 138 du Code allemand et de certaines législations étrangères.

A Rome, les actes étant abstraits de leur cause, la volonté des parties, exprimée dans les formes légales, était souveraine ; elle pouvait séparer deux engagements qui, rationnellement, formaient un tout indivisible et leur donner une vie propre et indépendante. Le forma-

(1) Saleilles. — De la déclaration de volonté, art. 138.

lisme était une arme défensive contre les pouvoirs d'appréciation du juge.

En Droit allemand, au contraire, tous les actes qui, soit dans leur ensemble, soit dans l'une quelconque de leurs parties, paraissent contraires aux bonnes mœurs peuvent être annulés. Ici, c'est l'arbitraire du juge ; là, c'était l'arbitraire des parties.

Le Code civil a cru concilier à la fois le respect dû aux bonnes mœurs et l'autonomie des contractants, en délimitant rigoureusement le domaine d'appréciation du juge. Cet élément de l'acte, fixé et déterminé, que le juge peut atteindre et au delà duquel il ne peut pousser ses investigations, est la cause.

Le fonctionnement pratique de ce système nous permettra d'en apprécier la valeur juridique et législative. Mais avant d'aborder l'étude de la jurisprudence, il convient de préciser et de développer la doctrine émise par le Code Civil. Les principes connus, leur application pratique sera plus facile. Nous nous demanderons donc comment le Code a résolu les trois questions suivantes :

1° Qu'est-ce que la cause ?

2° Quand la cause est-elle illicite ?

3° A qui incombe la charge de prouver l'existence et la validité de la cause ?

CHAPITRE PREMIER

CODE CIVIL

Section I

Qu'est-ce que la cause?

Le Code civil se montre très sobre de détails au sujet de la cause; l'article 1108 déclare qu'elle est un élément essentiel à la formation des contrats, au même titre que le consentement et l'objet. Aucun texte ne nous fait connaître en quoi consiste cet élément.

Mais ce laconisme même ne prouve-t-il pas que les rédacteurs du Code civil admettent à ce point de vue les idées émises dans l'ancien droit? S'ils avaient voulu innover, ils se seraient expliqués nettement. Leur silence équivaut à un renvoi aux ouvrages des anciens jurisconsultes. Les travaux préparatoires viennent encore confirmer cette induction. Les discours de Portalis, Bigot Préameneu et des autres orateurs s'inspirent visiblement de Domat, Ferrière et Pothier. C'est ainsi que Portalis déclare (1) que la cause consiste «dans l'intérêt, c'est-à-»dire l'avantage que les parties trouvent à contracter. »Dans la vente, cet intérêt est pour le vendeur d'avoir le »prix représentatif de sa chose plutôt que sa chose même; »pour l'acheteur, d'avoir la chose plutôt que le prix qui

(1) LOCRÉ, t. 14, p. 77.

»en représente la valeur.» Bigot Préameneu condense ces idées en ces quelques mots : « La cause est dans l'in-»térêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de »l'une d'elles ». Ne sont-ce pas les principes que nous avons exposés plus haut comme étant ceux de nos anciens auteurs? C'est donc chez eux qu'il faut chercher un commentaire anticipé aux textes trop laconiques du Code. Avec eux (1), nous distinguerons, pour mieux préciser l'idée de cause, selon qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, réel ou de bienfaisance.

α. *Conventions synallagmatiques*. — Dans la vente, dit Domat, la cause de l'obligation du vendeur de livrer la chose réside dans l'engagement de l'acheteur de payer le prix, et réciproquement. On peut dire en généralisant que dans les contrats bilatéraux les deux obligations se servent mutuellement de cause. Ces engagements peuvent consister soit en la promesse de livrer une chose, d'accomplir un fait ou de payer une somme, soit en la promesse de ne pas poursuivre à raison d'une créance préexistante (2).

L'obligation antérieure dont la libération est une cause suffisante d'engagement peut être une simple obligation naturelle. Ainsi je me suis libéré d'une dette en oppo-

---

(1) Les auteurs modernes se sont efforcés de donner une définition générale de la cause, de trouver une formule unique qui embrassât les trois formules de Domat. La cause, d'après Toullier, est : « Le motif déterminant du contrat » ; d'après Colmet de Senterre (t. V, § 46 *bis*) : « Le but immédiat et direct que le débiteur se propose d'atteindre en contractant ». D'après Aubry et Rau (§ 345, texte et note 4) : « Le motif juridiquement suffisant ». Toutes ces définitions sont reconnues généralement trop vagues et obscures ; elles ne distinguent surtout pas nettement la cause du motif. (Planiol ; *Traité de Droit civil*, tome II, p. 32, N° 1076).

(2) Aubry et Rau, t. 4, p. 320.

sant la prescription. Pris d'un remords de conscience, je souscris un engagement envers mon ancien créancier. Cette obligation aura sa cause non dans l'intention de donner, mais dans la libération de l'obligation naturelle qui survit à la prescription. Telle est du moins l'opinion dominante en jurisprudence, sauf exception pour les dettes de jeu considérées comme des obligations naturelles, non susceptibles, à raison de leur caractère immoral, de servir de cause à une dette civile (D. 1877, 2, 96). Il s'ensuit que sauf pour les dettes de jeu, l'acte constatant la novation d'une obligation naturelle en obligation civile sera valable alors même que les règles de forme spéciales à la donation n'auraient pas été observées.

La jurisprudence et certains auteurs comme MM. Aubry et Rau (voir les décisions qu'ils citent, t. 4, p. 322) appliquent la même solution aux dettes de conscience, d'honneur, de probité. Toutefois, le désir de valider des engagements honorables nous paraît les avoir guidés plutôt que de pures considérations juridiques. Pour qu'il y ait contrat intéressé, il faut que chaque contractant s'engage à quelque chose ou qu'il délie l'autre partie d'une obligation antérieure. Si cette obligation est naturelle, le lien de droit existe encore, l'obligation naturelle produisant des effets civils. Mais lorsqu'il s'agit d'un simple devoir de conscience, une seule partie s'engage sans que l'autre promette ou donne rien en retour ; elle s'engage sans aucun équivalent ; n'est-ce pas dans ce défaut d'équivalent matériel que consiste le caractère distinctif de la donation?

β. *Contrats réels.* — On enseigne généralemet que la prestation de la chose est la cause de l'obligation de restituer dans les contrats réels.

Mais cette idée, si simple qu'elle paraisse, n'est peut-être pas complètement exacte ; prenons comme exemple le contrat réel de dépôt (1). La remise de la chose à elle seule n'explique pas qu'il y ait obligation de rendre, puisque ce pourrait être une remise en propriété. Le caractère de la remise matérielle de l'objet ne se manifeste et ne se révèle que par la convention qui l'accompagne. C'est cette convention qui seule explique que la remise n'est pas faite en propriété, que le dépositaire ne l'accepte que pour rendre service, c'est elle en réalité qui donne naissance à l'obligation de restituer. Dans le dépôt on trouve donc comme une double cause parallèle : la prestation de l'objet dû et l'intention libérale du dépositaire, qui explique le caractère de cette prestation.

γ. *Des libéralités.* — «Dans les contrats de bienfai»sance, dit Pothier, la libéralité que l'une des parties veut »exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'enga»gement qu'elle contracte envers elle». La majorité de la doctrine répète à sa suite que la cause dans la donation réside uniquement dans l'intention libérale du disposant. Il en résulte qu'une libéralité ne pourra jamais être annulée pour cause illicite, l'esprit de bienfaisance, d'affection, de gratitude n'ayant en soi rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Toutefois, la jurisprudence ne s'en est jamais tenue à cette notion étroite de la cause. Elle s'est d'abord attirée de la part de la doctrine le reproche d'élargir arbitrairement l'idée de cause. Mais le nombre des auteurs dissidents a peu à peu augmenté.

---

(1) Bufnoir. — Propriété et contrat, p. 532.

M. Laurent (t. XI, N^os^ 506 et 507) déclare : «le fait »seul de consentir ne suffit pas ; il faut que le consente»ment ait un motif juridique qui sera la cause de la libé»ralité». M. Gauly, dans la *Revue critique* 1886, p. 44, place la cause des actes gratuits dans la qualité du créancier ; cela le conduit à convenir que la cause ressemble tant au motif qu'il n'y a pas de raison de l'en distinguer.

MM. Aubry et Rau, après avoir déclaré (t. 7, p. 57) que la cause doit être distinguée des motifs, ajoutent : « le contraire ne devrait être admis que s'il résultait de »l'acte même de donation que la libéralité a eu pour mo»tif déterminant un mobile illicite».

Enfin, M. Bufnoir (Propriété et Contrat, p. 545), s'il reconnaît que l'intention libérale est la cause première de la donation, déclare néanmoins que dans toute libéralité il y a une cause seconde, accessoire, à savoir le motif immédiat et direct qui explique l'intention libérale .

Tous ces tempéraments au principe que la cause d'une donation réside uniquement dans l'« animus donandi » paraissent également discutables. On ne voit pas quelle raison juridique permet de distinguer certains motifs qu'on transforme en cause de la donation, des autres mobiles qui n'ont aucune influence sur la validité de l'acte.

Quels sont, en effet, les motifs que ces différents auteurs érigent en cause? Ceux exprimés dans l'acte même de donation, d'après MM. Aubry et Rau. Mais la nullité d'un contrat ne saurait dépendre de la plus ou moins grande habileté des parties à dissimuler les mobiles qui les font agir. — Le but immédiat et direct poursuivi par le donateur, d'après M. Bufnoir. Mais quel est le critérium qui permet de distinguer le but immédiat, du but plus lointain, indirect? M. Bufnoir ne l'indique pas ;

le juge garde donc sur ce point un pouvoir souverain. — M. Gauly nous paraît mériter le même repproche. La cause, dit-il, c'est la qualité du créancier, c'est-à-dire du donataire. Mais cette expression, entendue dans un sens large, embrasse tous les différents motifs qui peuvent déterminer à faire une libéralité. Quelle est la donation qui ne s'explique pas par la qualité de fils, de parent, d'ami, de bienfaiteur chez le gratifié ? M. Gauly a bien vu lui-même quel était l'aboutissant logique de son système, puisqu'il reconnaît que dans les donations il n'y a aucune raison de distinguer la cause des motifs.

Toutefois, si ces différentes opinions nous paraissent discutables dans leurs applications, elles s'inspirent toutes de cette idée très juste, d'après nous, que la cause ne peut consister uniquement dans l'«animus donandi», dans la volonté abstraite de faire une libéralité. Il nous paraît que la distinction de la cause et des motifs, que nous ferons plus loin, ne s'applique pas aux donations. Les différents motifs de parenté, d'amitié, d'affection, de bienfaisance qui ont pu décider le donateur sont autant de causes de la libéralité. Si aucun de ces motifs ne se retrouve dans l'acte livré à l'appréciation des tribunaux, ou si ces mobiles paraissent dictés par une intention illicite, nous dirons avec M. Laurent que la donation n'a pas de cause ou qu'elle a une cause contraire à la loi et qu'elle doit être annulée. Et cela pour trois raisons :

1° L'intention libérale dans les donations est tellement liée aux motifs qui l'expliquent, qu'elle fait corps avec eux, qu'ils forment ensemble un tout indivisible. La volonté abstraite de faire une libéralité ne se conçoit pas dépouillée des mobiles qui en sont l'unique raison d'être. «Une cause ainsi entendue, déclare M. Planiol (*Revue*

»*critique*, année 1888, p. 705), réduite à une volonté abs-»traite, dégagée de tout motif, ressemble fort à une cause qui n'existe pas. L'intention libérale a elle-même besoin »d'un motif qui l'explique».

2° La confusion de la cause et des motifs dans les donations est faite par Domat qui déclare : «L'engage-»ment de celui qui donne a son fondement sur quelque »motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou »quelqu'autre mérite du donataire ou le seul plaisir de »faire le bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part »de celui qui s'oblige». Or Domat est le véritable fondateur de la théorie de la cause telle qu'elle a été admise par le Code civil ; son opinion est donc d'un grand poids. — Pothier fournit, il est vrai, un argument à nos adversaires, mais ses termes n'ont ni la précision ni la clarté de ceux de Domat ;

3° Enfin, si l'on nous objecte que notre opinion laisse la porte ouverte à l'arbitraire du juge, nous répondrons qu'il est un danger plus grave encore que l'arbitraire du juge : c'est l'arbitraire d'un système qui, sous prétexte de protéger les donations licites et morales, ne permet pas d'annuler celles qui violent la loi ou les bonnes mœurs. Il faut choisir ; ou bien valider toutes les donations, même les plus scandaleuses, dès que la volonté du donateur aura été libre et certaine ; ou bien s'en remettre au juge du soin de distinguer celles qui sont manifestement immorales et dont le maintien serait une grave atteinte à l'ordre public. Le second de ces dangers nous paraît encore le moindre.

Nous dirons donc avec M. Bufnoir qu'il existe, à proprement parler, deux causes dans les donations : l'intention libérale d'abord, ensuite le motif qui explique cette

intention libérale ; le motif devient en quelque sorte l'équivalent moral pour lequel la prestation est fournie ; il entre dans les éléments constitutifs de contrat, de sorte que celui-ci, à côté de sa cause ordinaire, a une cause nouvelle qui peut être illicite.

Section II

Distinction entre la cause et les autres éléments de l'obligation

Les développements que nous venons de donner faciliteront la distinction entre la cause et d'autres éléments essentiels ou accessoires de l'obligation, comme le consentement, l'objet, les motifs.

Ces divers éléments pourraient être confondus avec la cause ; ils l'ont même été souvent soit par la jurisprudence, soit par la doctrine. Cependant, pour le consentement et l'objet, l'hésitation n'est pas possible : l'article 1108 fait de la cause un élément propre et distinct. Pour les motifs, la question est parfois plus délicate, mais la distinction existe néanmoins.

Ces différentes distinctions paraîtront d'une excessive subtilité ; elles sont nécessaires néanmoins pour délimiter exactement le champ d'application de la théorie de la cause. Certes une théorie plus simple, moins scholastique, semblerait préférable, mais avant d'apprécier et de critiquer la théorie de la cause, il faut la bien connaître dans toute sa complexité.

α. Distinction de la cause et du consentement. — « Le consentement, écrit M. Bartin (1), c'est la pure »volonté de s'obliger ou de transférer la propriété. La »cause c'est la raison immédiate de cette volonté. Dans »l'acte à titre onéreux, c'est la conscience d'obtenir; dans »l'acte à titre gratuit, de ne pas obtenir d'*équivalent* à la »prestation que l'on fait ». Je veux m'obliger envers vous, voilà le consentement d'après M. Bartin. Je veux m'obliger afin que vous consentiez à votre tour à vous engager envers moi, ou par pure intention libérale, voilà la cause.

Le savant auteur ajoute : «Si l'on se place au point de »vue psychologique, la cause et le consentement se con»fondent, cela n'est pas douteux. Voici par exemple la »vente d'un cheval. Psychologiquement, qu'a voulu l'ache»teur en s'obligeant? s'obliger, cela est évident, mais en »même temps et du même coup acquérir un cheval. La »loi opère une scission idéale dans la volonté complète et »réellement indivisible de l'acheteur ».

La distinction telle qu'elle est établie par M. Bartin paraît bien subtile, on peut lui reprocher surtout d'être purement idéale et de ne correspondre à aucune réalité psychologique. Mais ce reproche doit être plutôt adressé au législateur du Code civil, qui distingue dans les articles 1108 et 1131 deux éléments, qu'à tous les points de vue il eût mieux valu laisser confondus.

Toutefois, si dans les actes à titre onéreux nous admettons la distinction établie par M. Bartin, l'opinion que nous avons admise sur la cause dans les libéralités nous

(1) Bartin. — Théorie des cond. imp. et ill., p. 362 et 363.

obligera à mieux préciser la distinction en matière d'actes à titre gratuit. Le consentement sera toujours la volonté de s'obliger, mais la cause sera, non plus seulement la raison immédiate de cette volonté, mais les différents motifs de gratitude, d'affection, d'estime qui expliquent cette volonté. La précision est nécessaire, mais elle ne rend ni moins subtile, ni moins arbitraire, la distinction établie par le Code civil.

β. *Distinction de la cause et de l'objet.* — L'objet de l'obligation c'est la prestation promise ou la chose due, tandis que la cause est le mobile qui a déterminé à s'engager. Dans la donation, la confusion entre ces deux éléments n'est pas possible ; l'objet c'est la chose donnée, la cause c'est l'intention libérale jointe aux motifs qui l'expliquent. Mais, dans les autres contrats, de nombreux auteurs soutiennent que la cause ne se différencie pas de l'objet. Dans les conventions synallagmatiques, dit-on, l'objet de chaque obligation est la cause de l'obligation corrélative. Dans les contrats réels, la prestation de la chose est à la fois la cause et l'objet. Ce système n'est peut-être pas tout à fait exact : sans doute, le vendeur contracte pour avoir le prix et l'acheteur pour avoir la chose. Mais le premier n'obtient le prix qu'en exécution de l'obligation de l'acheteur, de même que le second n'obtient la chose qu'en exécution de l'obligation du vendeur. L'obligation de l'acquéur est donc un intermédiaire obligé entre le vendeur et le prix, comme l'obligation du vendeur entre l'acheteur et la chose. Le but immédiat, direct, de chaque partie est donc d'obtenir l'obligation de son co-contractant, et non l'objet qui n'en est que la conséquence plus éloignée. La cause de l'engagement de chaque partie dans les contrats synallag-

matiques consiste donc dans l'obligation de son co-contractant. De même dans les contrats réels, l'objet c'est la «res præstita», tandis que la cause réside — ce qui est différent — dans la prestation antérieure de cette chose.

Il faut bien reconnaître d'ailleurs qu'il s'agit d'une simple question de mots; la distinction ne présente aucun intérêt pratique. Mais dans le langage juridique, comme dans le style littéraire, l'emploi du terme propre n'a-t-il pas son utilité?

γ. *Distinction de la cause et des motifs.* — Les articles du Code, comme d'ailleurs les travaux préparatoires et les textes de Domat et Pothier, ne distinguent pas entre la cause et les motifs. Mais, en nous faisant connaître parmi les différents mobiles qui poussent à contracter celui qu'il distingue pour l'élever au rang de cause, le législateur nous permet de déterminer par a contrario ceux qu'il considère comme n'ayant aucune influence sur la validité des conventions.

On s'accorde à placer le critérium de la distinction dans ces deux idées : 1° la cause se retrouve toujours la même dans les contrats de même espèce, tandis que les motifs varient à l'infini avec chaque espèce de convention; 2° la cause de l'obligation se révèle, de prime abord, sans difficulté ni hésitation possible, tandis que la recherche du motif exige une sorte d'inquisition sur les volontés, pleine d'arbitraire et de périls.

Dans la vente, par exemple, le vendeur aliène sa chose dans le but d'obtenir l'obligation de l'acheteur, de payer le prix : cette obligation de l'acheteur existe dans tous les contrats de vente; elle se révèle *à priori;* ce sera la cause de l'obligation du vendeur. Mais si le vendeur a voulu transformer son bien en une somme d'argent, ce

pouvait être ou pour acheter une autre propriété, pour faire un voyage, pour établir ses enfants, ou pour toute autre raison, variable avec chaque contrat de vente et qu'il est impossible de déterminer à l'avance ; ce sont là les simples motifs du contrat.

Cette distinction est très importante en pratique, parce qu'elle fixe la limite des pouvoirs du juge, ce dernier pouvant en principe annuler un contrat sur le fondement de la cause, mais non pour de simples motifs illicites. Les motifs sont trop variables, trop divers, trop difficiles à connaître avec certitude ; leur donner quelque influence sur la validité du contrat, serait s'abandonner à mille chances d'arbitraire et d'erreur.

Toutefois, cette règle ne présente pas le caractère absolu que certains auteurs ont voulu lui donner. Dans certains cas, ces inconvénients ne sont pas à craindre ou le sont moins que ceux du système opposé ; le juge peut alors apprécier la validité de l'acte d'après les mobiles qui l'ont déterminé. Il en est ainsi dans les libéralités. La règle n'est donc absolue qu'en matière de contrats onéreux.

1° *Contrats onéreux.* — La règle est la même pour les contrats synallagmatiques et les contrats réels : dans le dépôt, le prêt, le gage, il faut que la chose, objet de la convention, soit en elle-même contraire à la loi ou aux bonnes mœurs pour que la prestation de cette chose puisse constituer une cause illicite. Dans la vente et les contrats de même genre, il faudra que l'objet de l'une des obligations soit illicite pour que la cause de l'autre engagement le soit également. Si cet objet consiste en une somme d'argent — ainsi dans la vente l'obligation de

l'acheteur, — cet objet sera le plus souvent licite. On ne voit pas en quoi le versement d'une somme d'argent peut porter atteinte à la loi ou aux mœurs. Il n'en serait autrement qu'au cas où le prix de vente ne pourrait dépasser un maximum légal; au-dessus de ce maximum, le prix deviendrait illicite. Mais cet objet peut être une chose hors du commerce, ou contraire à la loi, ou immorale. On peut s'associer, par exemple, dans le but de faire la contrebande, de commettre un vol, de perpétrer un crime. Dans ces hypothèses, le caractère immoral de l'objet de l'un des engagements rejaillit sur la cause de l'autre obligation. Le contrat tout entier pourra être annulé, puisqu'il est constitué par deux obligations dont l'une a son objet, l'autre sa cause, contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Mais là s'arrêtent les pouvoirs d'appréciation que la théorie de la cause confère au juge. Dès que la cause n'est plus en elle-même intrinsèquement contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, il s'agit de simples motifs dont les tribunaux ne peuvent tenir compte. Une personne vend ou loue sa maison; peut-être l'intention commune aux deux parties est de donner à cette maison une destination immorale. On s'engage à rémunérer les services d'un courtier matrimonial; peut-être est-ce dans le but d'épouser une riche dot plutôt qu'une honnête femme. On paie certains spectateurs pour applaudir dans un théâtre: il est possible que l'on désire obtenir un succès artificiel pour attirer la foule trompée par de faux applaudissements. Ce sont là des mobiles que les bonnes mœurs réprouvent, mais ils ne sauraient en aucune façon entraîner la nullité de la convention.

2° *Libéralités.* — Nous avons admis que l'illicité ou l'immoralité des motifs, lorsqu'il est prouvé que ces motifs existent et qu'ils ont exercé une réelle influence sur la volonté du disposant, peut réagir sur la validité de l'acte.

Cette opinion adoptée par la jurisprudence lui a permis d'annuler de nombreuses libéralités : donation à enfants adultérins, dons entre concubins, qui choquaient visiblement les bonnes mœurs. Elle l'a conduite également à des applications très intéressantes, que nous étudierons en leur temps, en matière de libéralités conditionnelles.

Section III

De la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs

Il ne suffit pas de savoir en quoi consiste la cause ; il faut encore déterminer quand cette cause sera licite ou illicite. L'article 1133 répond à cette question dans les termes suivants : « La cause est illicite lorsqu'elle est contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». La réponse est elle-même vague et obscure ; elle a besoin d'être élucidée et précisée. Que faut-il entendre par ces trois expressions : la loi, l'ordre public, les bonnes mœurs.

1° *La loi.* — La première semble ne pas pouvoir prêter à l'équivoque ; toutefois, il ne faudrait pas conclure de l'article 1133 que toutes les conventions qui auraient pour objet de modifier ou d'éviter les conséquences de l'application d'un texte légal seront considérées comme illicites. L'article 6 apporte à ce point de vue une res-

triction à la règle trop générale de l'article 1133, en disposant qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public. On peut donc déroger aux autres lois ; une convention dont la cause efficiente serait de prévenir l'application d'un texte purement interprétatif de volonté n'en resterait pas moins valable. C'est ainsi que, dans la vente, l'obligation de garantie, telle qu'elle est déterminée par la loi, n'est pas essentielle — sauf la garantie de la fraude du vendeur — et que les parties peuvent insérer dans leurs contrats des clauses ayant pour but d'en augmenter ou d'en restreindre les effets.

2° *Ordre public et bonnes mœurs* — On s'accorde à reconnaître que ces deux expressions ont un sens à peu près analogue, le législateur se plaçant surtout, quand il parle des mœurs, au point de vue de la moralité privée, et quand il parle de l'ordre public, au point de vue politique et social. C'est ce qui ressort de l'article 900, où l'expression « mœurs » est employée dans le même sens que dans l'article 1133 les termes : ordre public et bonnes mœurs.

Mais l'hésitation peut naître lorsqu'on se demande à quel critérium on reconnaîtra qu'une chose est ou non contraire aux bonnes mœurs.

Il est certain que ce critérium ne doit pas être cherché dans la conscience individuelle du juge (1), pas plus que dans la pure constatation expérimentale des mœurs telles qu'elles sont (2). Ces deux solutions, pour des raisons

(1) Laurent, t. I, page 90.

(2) Saleilles. — De la déclaration de volonté, article 138, page 282.

différentes, sont également dangereuses : la première laisse les parties sans défense devant l'arbitraire du magistrat, qui jugera selon le hasard de ses opinions politiques ou de ses convictions religieuses. La seconde, au contraire, donnerait à l'appréciation du juge une base fixe et déterminée, mais, en fait, conduirait souvent à des solutions contraires à l'équité ou à la morale. Ce qui est n'est pas toujours ce qui devrait être. Si les tribunaux devaient donner leur sanction à tous les contrats immoraux qui sont passés dans les mœurs, ils deviendraient souvent le dernier refuge de la mauvaise foi et de l'injustice.

Ces deux idées mises à l'écart du débat, on peut hésiter entre deux théories. M. Huc (t. I, p. 181) déclare que : « la solution se trouve dans la définition des bon»nes mœurs ; ce sont les habitudes acquises pour le bien »en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par des »lois positives ». C'est donc, d'après lui, dans les lois positives qu'il faut rechercher quelles sont les mœurs qui doivent être protégées contre les conventions particulières. Au contraire, M. Saleilles, dans son ouvrage sur la *Déclaration de volonté* (art. 138 du C. all., page 282) et dans un article de la *Revue trimestrielle* sur l'Ecole historique et le Droit naturel (t. I, N° 81), prétend que la vraie notion des bonnes mœurs doit être cherchée « dans la conscience juridique de la collectivité ». M. Laurent (t. I, n° 56), la trouve aussi dans « l'appréciation de la conscience générale». D'après ces deux derniers auteurs, il se dégagerait donc des mœurs et des coutumes d'un peuple, à un moment déterminé, un certain idéal de moralité ; c'est dans cet idéal de moralité générale que le juge trouverait le critérium cherché.

Ces deux systèmes nous paraissent conciliables, parce

qu'ils ont chacun un domaine d'application distinct. Lorsque la loi est muette, lorsqu'aucun texte ne peut être appliqué à la matière, force est bien au juge de chercher une autre base pour ses décisions. L'opinion de M. Huc est alors manifestement insuffisante ; la nécessité même oblige à recourir à la théorie de MM. Laurent et Saleilles.

Mais la question se pose également dans le cas où la loi se trouve en opposition avec la conscience générale, où ces deux conceptions conduiraient à des solutions opposées. Ainsi les règlements d'ateliers prévoient souvent des amendes, des retenues de salaires, des causes de renvoi, que les ouvriers sont obligés, en fait, d'accepter, quoiqu'elles soient ou excessives ou arbitraires. Quand l'abus est manifeste, ces clauses sont contraires à l'idée que l'on se fait aujourd'hui des bons rapports entre patrons et ouvriers. Pourtant, d'après la loi, les clauses ont été acceptées par les parties ; la convention doit être respectée, le législateur n'intervenant pas encore dans le contrat de travail en faveur d'aucun des contractants. Dans ces hypothèses il n'est pas douteux que la loi ou son esprit doive l'emporter sur les idées en cours ; la décision pourra choquer ; tant mieux, elle appellera une réforme législative, qui rétablira l'accord entre les mœurs et la loi.

Mais ces cas de conflit sont nécessairement très rares ; il faut pour qu'ils se présentent se placer au moment où une idée morale ou sociale commence à l'emporter dans l'opinion sans avoir pu encore pénétrer dans le domaine positif de la loi.

Le plus souvent, l'idéal de moralité tel qu'il se dégage de la conscience générale sera identique à celui qui se dégage de la loi. La loi n'est que l'expression de la volonté

collective, il est tout naturel qu'elle reflète les tendances morales et sociales de la collectivité. C'est pourquoi tous les grands mouvements d'opinions ont eu leur répercussion dans les textes législatifs. Ainsi les syndicats ouvriers, les grèves, considérés comme illicites et même poursuivis par le Code pénal, sont aujourd'hui passés dans les mœurs et en même temps autorisés par le législateur.

Aussi les auteurs, qui comme MM. Saleilles et Huc sont en désaccord sur le terrain des principes, s'entendent-ils sur le terrain des faits. La plupart des ouvrages de droit, comme les répertoires de jurisprudence, font la même énumération des hypothèses pratiques dans lesquelles la violation des bonnes mœurs n'est discutée par personne. Cette énumération serait trop longue, et ne présenterait aucun intérêt théorique. Nous nous bornerons à renvoyer aux recueils de jurisprudence (1).

Section IV

A qui incombe la charge de la preuve de la cause?

Les actes constatant les contrats synallagmatiques, qui se présentent sans aucun déguisement, indiquent nécessairement la cause de ces contrats ; l'écrit destiné à prouver une vente, par exemple, mentionnera l'obligation du vendeur et celle de l'acheteur, qui sont la cause réciproque l'une de l'autre. La cause dans cette hypothèse sera prouvée par les mêmes moyens que la convention elle-même.

Mais il n'en est pas toujours ainsi : la donation, le dépôt peuvent être dissimulés sous la forme de billets

(1) Dal. Alph. — V. Obligations, N°s 560 et suiv.

constatant la dette du donateur, du dépositaire. De simples billets cachent parfois aussi des conventions bilatérales : si, par exemple, l'obligation du vendeur est exécutée, l'engagement de l'acheteur peut être constaté par la reconnaissance d'une dette égale au prix d'achat. Et même, aucune des obligations n'étant exécutée, les deux parties sont libres de recourir chacune à ce mode de preuve. Comme dans la stipulation romaine, chacun des engagements aura, en apparence du moins, une existence propre et indépendante.

Ces billets peuvent être de deux sortes : ou bien ils portent l'indication de leur cause ; par exemple : «Je reconnais devoir à P. la somme de 1000 fr. *qu'il m'a prêtée* ». Ce sont des billets causés. — Ou bien ils n'expriment pas la cause de l'obligation, par exemple : « Je reconnais devoir » ou « Je promets de payer à P. la somme de 1000 fr. ». Ce sont les billets non causés.

Billets non causés. — Il est certain que ces billets ne peuvent pas être annulés sous prétexte qu'ils laissent ignorer la cause pour laquelle ils ont été souscrits. Les doutes qui existaient à ce point de vue dans notre ancien droit ne sont plus possibles aujourd'hui, en présence de la disposition de l'article 1132. «La convention n'est pas »moins valable, quoique la cause n'en soit pas expri»mée» (1).

La possibilité de rechercher la véritable cause de l'obligation doit être également admise sans hésitation, notre législation ayant définitivement abandonné la théorie

(1) Certains auteurs ont même soutenu que l'article 1132 n'avait eu pour but que de faire disparaître ces doutes. Sic : Timbal ; Thèse, p. 361.

romaine de l'acte abstrait. L'article 1132 ne peut pas être considéré comme faisant revivre le système romain ; ce texte ne parle que de l'indication de la cause ; l'existence de cette cause reste régie par les principes contenus dans les articles 1108 et 1131.

Mais à qui incombera la charge de la preuve? Au créancier qui veut prouver que la cause est réelle et licite ou au débiteur qui voudrait prouver qu'elle est erronée ou illicite.

Certains auteurs, comme MM. Aubry et Rau et Timbal (1), donnent la charge de la preuve au créancier. Sans vouloir énumérer les différents arguments invoqués à l'appui de ce système, on peut résumer ainsi le raisonnement de ses partisans ; l'obligation est un état de droit exceptionnel ; la règle, c'est la liberté, l'indépendance des parties entre elles ; l'exception, c'est la dépendance, l'engagement. Or, chaque fois qu'une personne se prévaut d'une situation juridique exceptionnelle, c'est à elle d'en prouver l'existence (art. 1315). Par conséquent, en l'espèce, les principes généraux conduisent à donner au créancier la charge de la preuve de tous les éléments de l'obligation qu'il prétend exister à son avantage.

La jurisprudence (2) et la grande majorité de la doctrine répondent qu'il en serait ainsi si aucun texte n'en disposait autrement, mais l'article 1132 a précisément pour but de donner la charge de la preuve au débiteur, en présumant au profit du créancier l'existence de ce qu'il devrait prouver. Ce texte ainsi conçu : « La convention n'est pas

---

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 749, texte et note 21. — Timbal ; Thèse, p. 345 et 346.

(2) Sic : Cass. 16 août 1848. D. 48, 1, 193 ; et plus récemment : Cass. 20 juillet et 28 octobre 1885. S. 85, 1, 308 et 86, 1, 200.

moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée» est incorrectement écrit et signifie en réalité : l'écrit qui constate une convention a force probante, quoiqu'il n'exprime pas la cause de cette convention.

A cet argument, il a été répondu que l'article 1132 avait un sens tout différent; il signifierait seulement que l'absence de mention de la cause sur l'écrit n'empêche pas ce dernier d'être valable comme écrit, comme preuve du fait que le débiteur a déclaré s'obliger. A l'appui de cette interprétation, on rappelle que c'était une question controversée dans l'ancien droit de savoir s'il fallait reconnaître aucune force probante à l'écrit non causé; l'article 1132 a eu pour but de résoudre cette controverse dans le sens de l'affirmative.

On ajoute que donner au défendeur la charge de prouver le défaut de cause, c'est le mettre dans l'impossibilité d'échapper à la condamnation, car on ne peut prouver un fait négatif. Cette seconde objection est aujourd'hui abandonnée, parce qu'elle est trop facilement réfutable. Le débiteur, en effet, ne peut pas sérieusement prétendre qu'il s'est obligé sans cause ; ce serait l'acte d'un fou. La seule chose qu'il puisse raisonnablement soutenir, c'est qu'il s'est obligé sur une fausse cause ou sur cause illicite ; sa prétention se trouve donc ramenée à un fait positif dont la preuve est possible.

Toute la difficulté se trouve donc concentrée sur l'interprétation à donner à l'article 1132, dont nous ne contesterons pas l'obscurité. Mais le sens que nous lui donnons est le plus rationnel. En l'absence d'indices contraires, la bonne foi doit être présumée. D'ailleurs, ne peut-on pas soutenir avec Laurent (1) que le billet non

(1) LAURENT, t. XII, N° 332, et t XVI, N° 166.

causé contient un aveu implicite de la cause : la cause est un élément essentiel de la dette, et se reconnaître débiteur, c'est reconnaître évidemment que la dette existe avec tous ses éléments essentiels, parmi lesquels la cause.

A cet argument d'ordre rationnel, on peut en ajouter un autre, d'ordre historique, qui nous paraît décisif. Lorsqu'un texte est obscur, il est raisonnable de l'expliquer par les travaux préparatoires et par la tradition. Or, ici, ces deux explications corroborent notre interprétation. Bigot Préameneu (1), à propos de l'article 1132, s'exprime ainsi : « Un citoyen reconnaît devoir une »somme sans énoncer la cause de sa dette ; sa déclaration »est valable parce que *la déclaration qu'il doit* fait présu»mer qu'il y a une cause». Cette interprétation de Bigot Préameneu est conforme à la tradition ; en Droit Romain, il est vrai, par l'«exceptio non numeratæ pecuniæ», le débiteur qui s'était engagé par stipulatio pouvait rejeter sur le créancier la charge de prouver la numération des deniers, c'est-à-dire l'existence de la cause. Mais déjà cette règle avait subi une exception sous l'Empereur Justin au cas où la stipulatio avait été constatée par un billet renfermant la mention de la cause (cautio discreta). Dans notre ancien droit, Loysel nous apprend que même au cas, qui est bien le nôtre, où la cause n'avait pas été exprimée, notre ancienne jurisprudence n'admettait pas l'exception d'argent non nombrée. Les principes du Droit Romain avaient donc été abandonnés par notre ancien droit, et rien ne prouve que le Code civil n'ait pas consacré la solution de la jurisprudence des Parlements français.

---

(1) Locré, t. XII, p. 138 et 139.

Billets causés. — Lorsque le billet portera mention de sa cause, la cause exprimée sera présumée vraie. On ne peut pas supposer *à priori* que les parties ont dressé un acte pour constater une fausse cause : la fraude ne se présume pas.

Il arrivera souvent que le débiteur prétendra que la cause exprimée est fausse et que la véritable est illicite. Il sera certainement admis à faire cette preuve ; notre présomption, en effet, admet la preuve contraire, puisqu'elle n'est pas de celles sur le fondement desquelles « la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice » (art. 1351). Mais ici, comme dans l'hypothèse du billet non causé, la charge de la preuve incombera au débiteur, puisque la cause exprimée est présumée vraie. Cela étant admis sans difficulté possible, on peut se demander quels modes de preuve pourra employer le débiteur à l'appui de sa prétention et — si ce débiteur réussit à prouver la fausseté de la cause exprimée — quelles conséquences il faudra en tirer à son avantage.

Modes de preuve. — La jurisprudence distingue à ce point de vue selon que l'indication d'une fausse cause a eu ou non pour but de dissimuler une fraude à la loi. Pour prouver la fraude à la loi, elle autorise le débiteur à user de tous moyens, même les témoins et les présomptions ; il en est ainsi par exemple aux cas où un billet soi-disant souscrit en reconnaissance d'un prêt ou en paiement d'un prix de vente n'aurait en réalité pour cause qu'une dette de jeu, des intérêts usuraires (Cass. Req. S. 75, 1, 15), un dédit de mariage (Cass. civ. S. 1838, 1, 492 et 494), ou bien encore un supplément secret de prix d'office (Paris au S. 1860, 2, 537).

Au contraire, s'il n'y a pas eu fraude à la loi, la preuve testimoniale est rejetée (1), le débiteur devra recourir à l'aveu ou au serment, à moins qu'il n'y ait commencement de preuve par écrit, auquel cas les témoignages et les présomptions seraient recevables. Il a même été admis que le billet attaqué, quoiqu'il ne soit pas signé par le créancier, peut servir contre lui de commencement de preuve par écrit, parce qu'en l'invoquant pour établir son droit le créancier se l'est approprié, l'a fait sien en quelque sorte (Besançon au D. 1865, 2, 29).

Sur ce second point (celui où il n'y a pas fraude à la loi), le système de la jurisprudence est universellement admis par la doctrine (2). Cette solution est en effet commandée par la combinaison des articles 1341 et 1348. D'une part, l'article 1341 déclare « qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes », et, d'autre part, l'exception apportée à ce texte par l'article 1348 pour le cas où il a été impossible de se procurer une preuve écrite ne peut être opposée ici, car le débiteur aurait pu au moyen d'une contre-lettre se procurer une preuve écrite de la simulation. Ces considérations suffisent à écarter la preuve testimoniale dans la première hypothèse.

Mais l'admission des témoignages et des présomptions au cas de fraude à la loi a rencontré en doctrine des adversaires importants. Non point que l'on soutienne que la preuve par témoins doive être écartee dans tous les cas, mais on veut tout au moins qu'elle ne soit accep-

---

(1) Cass. Req. 16 novembre 1859. S. 1860, 1, 266. Cass. civ. 12 mai 1880. S. 1860, 1, 793.

2) Aubry et Rau, t. 8, N° 765; texte et note 25.— Demolombe, t. 30, N° 182. Laurent, t. 19, N° 592. — Timbal; Thèse, p. 339.

tée qu'au cas où l'impossibilité sera prouvée de se procurer une preuve écrite ; telle est l'opinion soutenue par Laurent (t. 19, N° 592). Le centre de la discussion se trouve dans les articles 1348 et 1353.

M. Laurent soutient que l'article 1353, qui admet les présomptions aux cas de fraude et de dol, est complètement étranger à la preuve testimoniale. Cette disposition, très obscure, ne s'explique et ne s'éclaire que par l'article 1348, qui est compris sous la rubrique relative à la preuve par témoins et qui contient les principes de la matière. Or, cet article 1348 n'admet la preuve testimoniale contre le contenu aux actes que s'il y a eu impossibilité de se procurer une preuve écrite.

MM. Aubry et Rau (t. 8, p. 351, note) répondent que l'article 1353 a une portée plus générale. Il crée une nouvelle exception au principe d'exclusion de la preuve par témoins. Il est vrai qu'il ne parle que des présomptions ; mais, comme les présomptions ne sont admissibles que si les témoignages le sont également, il statue par là même pour ces derniers. Telle est bien l'opinion qui nous paraît préférable : en admettant, en effet, que le doute soit permis entre les deux textes, il convient d'adopter la solution qui permet d'atteindre plus facilement la fraude, malgré les précautions qu'elle prend pour se dissimuler.

2° *Conséquences*. — Si nous supposons maintenant que le débiteur, réussissant dans sa preuve, a établi la fausseté de la cause exprimée, quelles conséquences va entraîner cette situation nouvelle. Le débiteur devra-t-il prouver en plus que la véritable cause est illicite, ou bien la charge de la preuve de la cause incombera-t-elle au créancier ?

Il semble d'abord que le débiteur reste tenu de prouver la véritable cause. Quelle est en effet exactement la situation ? La cause exprimée est reconnue fausse ; la véritable est inconnue, elle n'a pas été exprimée. Nous revenons donc à l'hypothèse d'un billet ne portant pas mention de sa cause. Or, dans cette hypothèse, nous avons décidé que le débiteur avait la charge de la preuve; il doit en être de même dans notre cas qui est identiquement le même.

Le raisonnement paraît spécieux, mais il ne l'est qu'en apparence. Nous avons vu que l'article 1132, qui décharge le créancier de toute preuve de la cause, repose sur ce principe que la fraude ne se présume pas ; or, ce serait présumer la fraude que de supposer *a priori* qu'un contrat dont la cause n'est pas exprimée n'a, en réalité, pas de cause ou a une cause illicite. Mais ici précisément la raison d'être de cet article ne se retrouve plus : l'indication d'une fausse cause est une preuve de la simulation, de la fraude. Il est aussi naturel de supposer la fraude dans notre cas qu'il était raisonnable de présumer la bonne foi dans l'autre hypothèse.

On peut donc dire, pour éviter l'application de l'article 1132, que le créancier en prouvant la simulation a fait naître une présomption de fraude et que cette présomption a pour effet de déplacer la charge de la preuve qui incombera désormais au créancier (1).

---

(1) Doctrine et jurisprudence en ce sens. — Bastia, 6 août 1892, D. 93, 2.359. — Aubry et Rau, t. IV, § 345. — Laurent, t. XVI, N° 122. — Timbal, N° 341, page 44. — Colin, page 168.

CHAPITRE II

La jurisprudence

Nous avons déjà vu que certaines des solutions que nous avons adoptées ont été consacrées par la jurisprudence. Ces solutions sont aujourd'hui définitivement admises : il en est ainsi des deux premières questions que nous nous étions posées au début de cette partie de notre étude : Quand la cause est-elle illicite? — A qui incombe la charge de la preuve?

Mais dans la solution qu'elle apporte à la première question : qu'est-ce que la cause, la jurisprudence révèle une tendance prétorienne qu'il est impossible de nier. Tandis que les textes et les principes conduiraient à limiter rigoureusement la notion de cause, les tribunaux l'étendent arbitrairement. Bien des conventions ont été annulées, illicites seulement dans leurs motifs.

Cette série de décisions a une importance capitale; nous ferons de chacune d'elles une étude spéciale. Cette étude nous permettra d'apprécier si la résistance des tribunaux contre l'application des principes posés par le Code n'est pas en partie justifiée par de puissantes considérations d'équité et de juger la théorie de la cause à la lumière de l'expérience et des faits.

Or, à ce point de vue de la confusion de la cause et des motifs, on peut distinguer trois séries de décisions :

1° Dans la première, les conventions annulées sont réellement illicites dans leur cause;

2° Dans la deuxième, les tribunaux se préoccupent déjà des motifs, mais il s'agit de libéralités; les arrêts sont encore conciliables avec la théorie du Code. Déjà cependant certaines solutions révèlent une tendance prétorienne : il en est ainsi dans les libéralités à enfants illégitimes avec indications d'un motif illicite ;

3° Dans la troisième catégorie, la tendance extensive de la cause se précise et s'accentue. Dans des contrats onéreux où les principes conduiraient à distinguer nettement la cause des motifs, la jurisprudence les confond et prononce la nullité de conventions dont les mobiles seuls sont contraires à la loi ou aux bonnes mœurs. L'article 1131 est employé par les tribunaux — comme l'article 1382 dans d'autres hypothèses — dans le but de faire triompher l'équité dans le droit. Quand un acte blesse l'ordre public ou les bonnes mœurs, quand dans son ensemble il paraît ne pouvoir être maintenu, les tribunaux l'annulent sur le fondement de l'article 1131, alors même qu'il faudrait détourner cet article de son sens naturel, alors même que l'acte ne serait pas entaché de turpitude dans ce que le Code considère comme ses éléments constitutifs.

Section I

De la cause illicite dans les actes onéreux

Les cas les plus intéressants qui se sont présentés en jurisprudence sont au nombre de deux : contre-lettres en matière d'offices ministériels; — cessions de part d'office ministériel.

1° *Contre-lettres en matière d'offices ministériels*. — La loi du 18 avril 1816 a donné au titulaire d'un office le

droit de présenter son successeur à l'agrément du Chef de l'Etat. Le titulaire n'exerce ce droit que moyennant paiement ou promesse d'une somme représentant la valeur de l'étude. Mais comme il importe que ces charges ne soient pas cédées à des prix trop onéreux, la Chancellerie fixe un prix maximum que les parties ne peuvent pas dépasser. Néanmoins, le postulant promet souvent par contre-lettre une certaine somme en dehors du prix avoué dans l'acte obstensible.

Ne peut-on pas considérer qu'au delà du prix ostensible, l'engagement a une cause illicite et contraire à l'ordre public? Ou bien devra-t-on au contraire appliquer l'article 1321 en déclarant le traité valable et obligatoire entre parties ?

Après quelques hésitations au début du siècle, une jurisprudence aujourd'hui constante déclare la contre-lettre illicite.

Les Cours royales de Grenoble en 1838 et Toulouse en 1840 (1) ont validé ces traités secrets ; la loi du 28 avril 1816, disaient-elles, n'a pas fixé de taux maximum ; les circulaires ministérielles qui en déterminent un n'ont pas force de loi devant les tribunaux. La Cour de Toulouse reconnaissait cependant : «que les contractants avaient manqué à la haute probité que commande »l'emploi dont l'un d'eux allait être investi et que le »maintien de la contre-lettre ne saurait empêcher que »l'acte blâmable de l'officier ministériel ne soit réprimé »par d'autres voies». Elle prévoyait donc la possibilité d'une action disciplinaire ; mais elle ne voyait pas une atteinte aux bonnes mœurs suffisante pour prononcer la

(1) Grenoble, 16 déc. 1837. S. 38, 2, 489.

nullité de la contre-lettre. Ces arrêts s'inspiraient de cette idée que la loi de 1856 avait créé la propriété des offices ministériels. La Cour de Toulouse le déclare expressément en ces termes : «Cette faculté (de présenter un successeur) a assuré au titulaire la propriété de sa charge».

Mais on fit remarquer que cette loi ne crée pas un droit de propriété complet, absolu, comparable à celui que l'on a sur les immeubles ou les objets mobiliers. L'avocat général Delangle, en 1841 (1), déclara dans ses réquisitions déposées devant la Cour de cassation : qu'ici la perception des fruits est réglée par les tarifs — la transmission n'est pas libre — l'exploitation peut être atteinte par des mesures desciplinaires. Peut-on assimiler un droit si limité, à la propriété qui est le droit le plus absolu qu'on puisse avoir sur une chose ?

Cette assimilation repoussée, on doit en conclure que la fixation d'un prix maximum est une nouvelle limitation au droit du titulaire sur son office.

La détermination de ce prix a pour but d'éviter que les officiers ministériels, pour faire produire à leur argent un taux rémunérateur, ne soient poussés à des actes périlleux, indélicats ou malhonnêtes ; dès lors, il est difficile de ne pas voir une atteinte à l'ordre public dans ces traités secrets. C'est ce que firent la Cour de Paris en 1840, et peu après, en 1841, la Cour de Cassation (2). La Chambre des Requêtes déclare dans un arrêt postérieur (3) : « Qu'en un tel cas, toute contre-lettre blesse

(1) Cass. 7 juillet 1841. S. 41, 1, 572.

(2) Paris, 15 février 1840. S. 1840, 2, 86. — Cass., 7 juillet 1841, S. 1841, 1, 572.

(3) Cass., 1er août 1844. S. 44, 1, 585.

»ouvertement l'ordre public et que dès lors de tels actes »doivent être classés dans le nombre de ces conventions »particulières que l'article 6 frappe d'une prohibition ab»solue et qui aux termes de l'article 1131 ne peuvent »produire aucun effet comme ayant une cause illicite ».

C'est bien l'article 1131 qui est applicable, plutôt que l'article 6, aucune loi ne fixant de prix maximum. Au-dessus du prix avoué, l'engagement du cédant de livrer l'office a une cause illicite.

Depuis, les tribunaux n'ont pas hésité à donner au principe ainsi posé toutes ses conséquences logiques, même les plus rigoureuses. Une contre-lettre a été annulée, quoiqu'il ait été prouvé qu'elle n'avait pour objet que de porter le prix de l'office à sa valeur réelle, laquelle était supérieure à celle portée dans l'acte ostensible (1). Une autre décision prononce la nullité d'un traité secret, quoiqu'il ait été prouvé que la somme ainsi promise n'était que la compensation du long temps pendant lequel le cédant avait consenti à attendre que le cessionnaire ait acquis les titres professionnels qui lui manquaient (2).

2° *Mise en société d'offices ministériels.* — Les offices ministériels ne peuvent souvent être acquis qu'à des prix élevés, inaccessibles aux jeunes gens pourvus de diplômes, mais sans fortune personnelle. Ne peut-on mettre ces offices en société, de telle sorte que, la charge n'ayant qu'un titulaire apparent, les fonds soient en réalité fournis par plusieurs personnes qui partageront les bénéfices, et, à la liquidation de la société, le prix de cession?

(1) Cass., 5 janvier 1846. S. 46, 1. 117.
(2) Cass., 13 juillet 1885. S. 86, 1, 205.

On a dit, dans le sens de l'affirmative, que loi de 1816 fait de l'office une valeur patrimoniale, crée un véritable droit de propriété au profit du titulaire. Pourquoi ne pourrait-on pas partager cette propriété comme toutes les autres? Ces charges sont assimilables à des fonds de commerce; ces sociétés seront des commandites; aucun texte ne s'oppose expressément à ce genre d'opérations (1). Mais on soutenait (2), avec plus de raison, que l'officier ministériel, pour être responsable, devait être indépendant, que l'immixtion de ses co-associés, qui pouvaient ne remplir aucune condition de capacité ou de moralité, risquait de le conduire à des actes dont, seul, il se serait abstenu. L'obligation de partager les bénéfices et la responsabilité avec un étranger sans qualité a un objet contraire à l'ordre public, et par conséquent la cause de l'obligation du co-associé de verser son apport est également illicite.

Tels sont les arguments qu'on développait dans les deux camps opposés. Le premier système validant ces cessions de part n'est plus soutenu aujourd'hui, mais certaines Cours (3) d'appel l'avaient appliqué vers le milieu du siècle en matière d'offices d'agents de change. Ces offices, disait-on, se distinguent de ceux de notaire ou d'avoué, en ce que chez ces derniers les lumières, les connaissances sont nécessaires à l'exploitation, tandis que les agents de change s'occupent de la constatation de faits matériels et d'opérations de courtage pour lesquels

---

(1) Frémery. — *Journal le Droit*, 2 et 7 février 1838.
Horson. — *Gazette des Tribunaux*, 30 octobre 1835.

(2) Duvergier. — Des Sociétés, N° 59.
Troplong. — Des Sociétés, N° 89.

(3) Paris, 15 juin 1850. S. 1850, 2, 433.— Lyon, 9 déc. 1850. S. 1850, 2, 634.

le simple bon sens commercial est suffisant. On ajoutait que d'ailleurs ces sociétés, constituées sous la forme de société en commandite, excluent les associés de tout acte de gestion ou d'immixtion et laissent par conséquent au titulaire toute la liberté et toute la responsabilité dans ses opérations.

La Cour de Cassation (1) a toujours refusé toute distinction et admis la nullité de pareilles associations, même en matière de charges d'agent de change.

En présence de cette divergence, le législateur a cru devoir intervenir; mais comme les charges d'agent de change ne peuvent en général être acquises qu'à des prix fort élevés et que d'ailleurs la cession de part en cette matière présente moins d'inconvénients qu'en matière d'offices de notaire ou d'avoué, la loi du 2 juillet 1862, modifiant l'article 75 du Code de commerce, a cru devoir faire pour les agents de change une exception à la règle applicable aux autres officiers ministériels. La mise en société des charges d'agent de change est permise, à la condition que le titulaire soit propriétaire, en son nom personnel, du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement.

Depuis la loi du 2 juillet 1862, le principe de la nullité des sociétés d'officiers ministériels n'est plus discuté. Toutefois il ne faudrait pas en exagérer la portée. On conçoit que le nouveau titulaire puisse s'engager valablement, soit envers son cédant, soit envers un tiers, à partager avec lui les produits de la charge ou le prix qu'il retirera de la future transmission, à la condition que le créancier n'ait qu'une simple action personnelle, non un

(1) Cass. Req. 15 décembre 1851 et 5 février 1852. S. 52, 1, 71.

droit de co-propriété, qui lui permettra de venir en concours avec les autres créanciers de l'officier ministériel, non d'avoir une part privilégiée lui appartenant. Il n'y a plus à craindre l'immixtion d'une personne qui, pas plus que les autres créanciers du titulaire, ne peut s'occuper de la gestion de l'office.

C'est ainsi que les tribunaux valident le traité par lequel un avoué s'engage à partager les produits de sa charge avec son maître clerc (1). C'est ainsi encore qu'une décision plus ancienne autorise le traité entre le cédant d'un office de notaire et son successeur, pour le partage des produits du notariat pendant un temps déterminé, en représentation du prix de cession (2).

Section II

Confusion de la cause et des motifs dans les libéralités

Cette confusion se révèle dans trois cas différents : dans les libéralités à enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite, les dons entre concubins, enfin dans la théorie de la cause impulsive et déterminante. Elle est conforme à la tradition et à l'esprit du Code civil ; toutefois la jurisprudence, dans les applications qu'elle en a faites, nous paraîtra parfois critiquable ; elle nous semble mériter deux reproches contraires.

A propos des dons entre concubins, elle se montre trop timide. Emue sans doute par le reproche que lui adresse la doctrine d'étendre arbitrairement l'idée de cause, elle

(1) Riom, 22 juillet 1842. Dal. alph. V° Société, N° 168.
(2) Toulouse, 24 novembre 1835. Dal. alph. V° Société, N° 167.

ne se fonde pas uniquement sur l'immoralité des motifs de ces donations, elle voit dans ces conventions de véritables opérations synallagmatiques contenant d'une part l'obligation de payer une somme d'argent, d'autre part la promesse de nouer ou de maintenir des relations illicites. Comme cette dernière obligation est immorale dans son objet, la cause de l'obligation corrélative est nulle comme contraire aux bonnes mœurs. Mais pour éviter un reproche immérité, les tribunaux s'attirent celui, beaucoup plus grave, de considérer comme un contrat onéreux un acte qui est manifestement une libéralité.

A propos des libéralités à enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite, les arrêts exagèrent la portée de la confusion de la cause et des motifs. Non seulement ils admettent qu'une donation peut être annulée pour motifs illicites, mais même nous verrons qu'ils présument l'immoralité des motifs. De ce fait que le disposant a mentionné dans l'acte de donation qu'il donnait à telle personne «parce qu'elle est son fils adultérin», les tribunaux concluent qu'il a agi poussé par un mobile illicite, ce qui aurait besoin d'être démontré.

Ce n'est que dans la théorie de la cause impulsive et déterminante que la jurisprudence fait une application à la fois très ingénieuse et très juridique de la confusion de la cause et des motifs. Mais malgré quelques tâtonnements et quelques erreurs, il n'en reste pas moins vrai que déjà se manifeste la tendance à apprécier l'acte dans son ensemble, dans ses éléments accessoires aussi bien que dans ce que le Code civil considère comme ses éléments essentiels.

I.— Théorie de la cause impulsive et déterminante

1° *Sens et portée de l'article 900.*— La jurisprudence a inventé *la théorie de la cause impulsive et déterminante* dans le but d'apporter un tempérament d'équité aux conséquences rigoureuses de l'article 900. C'est pourquoi il est nécessaire, avant de la développer, de connaître le sens et la portée de cette disposition.

L'article 900 déclare que : «dans toute disposition en»tre vifs ou testamentaire les conditions impossibles, »celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront »réputées non écrites». Ce texte relatif aux libéralités consacre une exception au principe admis par l'article 1172 d'après lequel toute condition d'une chose impossible ou illicite est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. L'influence de la condition impossible ou illicite est différente selon qu'elle affecte un contrat gratuit ou onéreux : dans le premier cas, la libéralité subsiste, mais la condition est réputée non écrite ; dans le second, la convention tout entière est annulée.

On a soutenu, pour expliquer la disposition exceptionnelle de l'article 900, que ce texte était fondé sur l'interprétation de la volonté tacite du disposant. En Droit Romain, dit-on en ce sens, la règle était la même, du moins en matière de disposition à cause de mort. Elle s'expliquait par les considérations suivantes : comme il était déshonorant pour un citoyen romain de mourir intestat, le législateur supposait — et la présomption était très rationnelle étant donné les idées courantes — que le *de cujus* aimait mieux voir la condition dont il avait affecté son legs, dépouillée de tout effet, que subir la honte de mourir intestat. La règle était donc fondée à Rome sur

l'interprétation de la volonté du défunt ; le Code civil a consacré la même disposition, qui s'explique encore par les mêmes considérations. Par conséquent, la raison d'être de l'article 900 en limite également la portée ; chaque fois qu'il sera prouvé que le donateur tenait davantage à l'exécution de la condition qu'à la réalisation de la libéralité, chaque fois surtout qu'il aura exprimé clairement sa volonté sur ce point, — et ces cas seront plus nombreux qu'à Rome, puisqu'il n'est plus déshonorant de mourir intestat, – l'article 900 ne s'appliquera plus, l'interprétation qu'il donne de la volonté du donateur étant reconnue fausse.

Mais cette explication de la disposition de l'article 900 n'a pas rencontré grand crédit ni en doctrine ni en jurisprudence. Elle est toute naturelle en Droit Romain ; mais en France bien des personnes honorables meurent sans testament et n'en sont pas déshonorées pour cela. La présomption sur laquelle ce texte était fondé à Rome ne se conçoit plus aujourd'hui ; elle ne correspond plus à l'état des mœurs actuelles. Il est absurde de prêter aux rédacteurs du Code l'intention de consacrer une disposition uniquement parce qu'elle avait sa raison d'être en Droit Romain.

Si l'on se rapporte à l'époque de la confection de nos Codes, on s'aperçoit que des causes toutes nouvelles devaient conduire à adopter la solution romaine et même à la généraliser en l'étendant à toutes sortes de libéralités. La Révolution avait posé sur le droit des personnes, sur les successions, des principes nouveaux qui choquaient toute une classe de la société. Il était à craindre qu'un donateur imposât des conditions qui tendraient à renverser le nouvel ordre de choses ; obligeant par exemple le donataire à se marier avec telle personne, à se

faire prêtre ; lui imposant l'obligation de rendre les biens donnés à telle personne et ressuscitant ainsi les substitutions en dehors des cas où le Code civil les autorise. Ce sont ces considérations qui expliquent la loi du 5-12 septembre 1791, dont l'article 900 n'est que la copie légèrement modifiée ; les travaux du Corps législatif en font foi et particulièrement le rapport du tribun Barrère(1).

Si telle est la filiation de l'article 900, sa portée est toute différente de celle qu'on lui donne dans le système que nous avons réfuté. Loin d'être purement interprétatif de la volonté tacite du disposant, ce texte substitue la volonté du législateur à celle des contractants. Il prononce une peine civile : la suppression de la clause illicite insérée dans l'acte, contre le donateur qui a fait acte de rébellion contre la loi.

Mais l'article 900, ainsi interprété, peut conduire, dans certains cas particuliers, à des conséquences rigoureuses qui blessent manifestement l'équité. Aujourd'hui surtout, où les principes de 1789 sont complètement passés dans les mœurs, il arrivera rarement qu'un donateur ait eu l'intention de les violer; les raisons d'ordre politique, qui expliquent cette disposition, seront souvent inapplicables à l'espèce particulière soumise au tribunal. Ne peut-on pas dans ces hypothèses, sans violer l'article 900, en tempérer l'excessive rigueur ?

2° *Théorie jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante.* — C'est ici qu'apparaît la théorie jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante qui

(1) Rapport de Barrère au Corps législatif le 5 septembre 1791, *Moniteur* du 6, p. 1036, col. 2.

peut être ainsi résumée; s'il ressort clairement des circonstances de fait que la prétendue condition dont la libéralité est affectée a été en réalité le motif déterminant de la donation, sa cause véritable, au sens où la jurisprudence entend ce mot, l'article 900 ne sera plus applicable, mais bien l'article 1131. La condition ne sera pas seulement réputée non écrite, la disposition tout entière sera annulée comme ayant une cause contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

Cette nouvelle interprétation de l'article 900 paraît aboutir aux mêmes résultats pratiques que celle que nous avons réfutée tout à l'heure. L'une annule la libéralité tout entière si la condition qui l'affecte en est la véritable cause déterminante; l'autre l'annule aussi quand il est prouvé que le donateur tenait davantage à l'exécution de la condition qu'à la réalisation du legs. N'est-ce pas déclarer dans les deux cas que la donation ne sera maintenue que lorsque la condition illicite n'en sera qu'un élément purement accessoire?

Il est vrai que les deux formules, quoique différentes en leurs termes, sont analogues dans leurs conséquences. Il existe pourtant une différence: elle se produit dans le cas où la condition n'est que l'accessoire de la libéralité, mais où néanmoins le donateur a expressément déclaré subordonner la libéralité à l'accomplissement de la condition. La jurisprudence maintient alors la donation, puisque la clause accessoire n'en est pas la cause impulsive et déterminante (D. 84, 1, 156). Les partisans de l'opinion précédente devraient, au contraire, l'annuler tout entière, puisque le disposant a manifesté une volonté très nette d'éviter l'application de l'article 900.

3° *Applications.* — Telle est la théorie de la «cause

impulsive et déterminante». Il convient, avant d'en apprécier la valeur, d'étudier l'histoire de sa formation et d'en noter les différentes applications pratiques.

Les tribunaux, pour éviter l'article 900, avaient eu d'abord recours à un autre procédé. Ils considéraient que la prétendue condition donnait un caractère synallagmatique à la libéralité, et prononçaient la nullité de l'acte tout entier par application de l'article 1172. Cette conception, que l'on retrouve encore dans certains arrêts de date plus récente (1), est nettement affirmée dans un arrêt de la Cour d'Orléans du 20 mars 1852 (2). Il s'agissait d'une condition imposant à l'enfant donataire l'obligation de renoncer à sa réserve au décès du donateur. Cette condition est présentée «comme le prix de la libéralité». La donation, ajoute l'arrêt, «perd ainsi son caractère de libéralité proprement dite, qui seul.... pourrait la faire survivre à la nullité d'une clause prohibée par la loi, et rentre dans le cas prévu par l'article 1172» ; c'est «un contrat à titre onéreux que le vice d'une de ses clauses doit faire complètement annuler». Ainsi, la Cour d'Orléans pose la question sur le terrain de l'article 1172. Il ne lui vient pas à l'esprit que l'acte incriminé puisse tomber, à raison du caractère illicite de sa cause, tout en conservant son caractère de pure donation. La théorie de la «cause impulsive» de la donation n'est pas encore élaborée.

Elle ne le sera que 10 ans plus tard, dans un arrêt de Cassation du 3 juin 1863 qui en donne la formule définitive : « Il est constant, dit-il, que la nullité d'une condi»tion contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à

(1) Nimes 22 janv. 1890. D. 91, 2, 114. (Note PLANIOL).
(2) Orléans 20 mars 1852. S. 52, 2, 13.

»laquelle elle est jointe, s'il est reconnu que la condition »a été la cause impulsive et déterminante de la libéra»lité » (1).

Cette fois, la doctrine est construite, la formule trouvée. Il ne reste plus qu'à l'appliquer au legs ; c'est ce que fera un arrêt du 7 juillet 1868 (2), où la Cour de Cassation déclare que, si elle maintient un legs entaché d'une condition impossible, c'est parce que « la condition n'a été qu'un accessoire de ce legs, dont une intention de libéralité est restée la cause », d'où il suit qu'il en serait autrement si la condition avait été la cause déterminante de la libéralité. Le 7 décembre 1871, la Cour de Dijon confirme cette déduction.

Le système est désormais complet. Il s'est formé lentement, pièce à pièce, par tâtonnements successifs, mais il est maintenant définitivement créé et va être appliqué à un nombre d'espèces de plus en plus grand. Les arrêts qui s'inspirent de cette théorie nouvelle sont très nombreux. La Cour de Cassation (3), par exemple, en 1879, maintient un legs fait sous cette condition que le légataire ne pourra aliéner sous aucun prétexte les biens reçus ; elle répute simplement cette clause non écrite, mais elle a soin d'ajouter que cette condition « n'était que l'accessoire, et non la cause impulsive et déterminante de la libéralité ». La Cour de Lyon (4), quelques années plus tard, appelée à statuer sur le sort d'une donation affectée de cette condition que le donateur aura seul l'administration des biens et la direction de la per-

(1) Cass., 3 juin 1863 au S. 64, 1, 269.
(2) Cass. civ., 7 juillet 1868. S. 1868, 1, 435.
(3) Cass Req., 20 mai 1879. D. 79,1, 431.
(4) Lyon, 6 août 1884. D. 86, 2, 121.

sonne de la donataire, annule l'acte tout entier parce que la clause lui paraît être illicite et en même temps la cause déterminante de la libéralité.

On pourrait citer plusieurs solutions en ce sens, mais les plus intéressantes, parce qu'elles ont donné lieu à des arrêts nombreux, ont été rendues à l'occasion de libéralités faites à des communes, avec affectation aux écoles municipales, sous cette condition que l'enseignement serait donné dans ces écoles par des instituteurs congréganistes. La loi du 30 octobre 1886, sur l'enseignement laïque, rendait impossible l'exécution de cette condition. D'ailleurs, de nombreux arrêts, aussi bien avant qu'après la loi de 1886, considéraient cette clause comme illicite parce qu'elle tendait à imposer à la commune le choix des instituteurs dans une catégorie de personnes et empiétait par là sur la liberté du choix du personnel enseignant. Si donc cette clause illicite apparaît comme ayant été le motif déterminant de la libéralité, la disposition tout entière est annulée par application de l'article 1131 (1). Si au contraire la donation paraît dictée par une intention libérale envers la commune plutôt que par le désir de voir donner un enseignement religieux dans l'école, il s'agira alors d'une simple condition illicite qui sera réputée non écrite aux termes de l'article 900 (2).

4° *Critique.* — La théorie de la cause impulsive et déterminante peut être critiquée à deux points de vue.

1° D'abord elle paraît apporter à l'article 900 une limi-

---

(1) Cass. civ., 3 nov. 1886. D. 87, 1, 157. — Cass. Req., 29 juillet 1889. D. 90, 1, 396. — Chambéry, 8 juillet 1891. D. 92, 2, 137 (note Planiol).

(2) Cass. Req., 18 février 1891. D. 93, 1, 317.

tation tout à fait contraire à l'esprit de ce texte. Si vraiment le législateur a voulu prononcer une peine civile contre les donateurs qui affectent leur libéralité de conditions illicites, il semble que cette punition soit surtout méritée lorsque la condition illicite, c'est-à-dire la violation de la loi, aura été la cause déterminante de la libéralité. La répression ne doit pas faire défaut dans le cas précisément où elle est le plus nécessaire (1).

Le raisonnement paraît spécieux ; mais on peut répondre que si tel était l'esprit du législateur de 1803, cet état d'esprit s'expliquait par des raisons spéciales depuis longtemps disparues. Il fallait à tout prix éviter que les donateurs n'aient la tentation de ressusciter des institutions, depuis peu de temps abolies. Aujourd'hui, les principes nouveaux consacrés par le Code civil sont passés dans les mœurs. L'article 900, interprété trop rigoureusement, apparaîtrait comme un anachronisme.

D'ailleurs, notre théorie ne viole pas l'article 900 ; elle en limite seulement l'application au cas spécial qu'il entend viser. Ce texte, après tout, ne parle que de la condition illicite ou impossible. Or, nous avons vu que la prétendue condition qui a, en réalité, été le motif déterminant de la libéralité, est improprement appelée condition ; elle est la véritable cause de la donation ; ce n'est donc plus l'article 900, mais les articles 1131 et 1132 qui sont applicables. Sous prétexte de ne pas limiter arbitrairement la portée de ce texte, il ne faut pas l'étendre au delà de son sens naturel.

2° La seconde critique a été formulée par les auteurs causalistes et particulièrement par M. Bartin (page 362).

---

(1) Bartin.— *Op. cit.*, p. 329 et suiv.

La cause, dit-on, d'une libéralité est uniquement l'intention libérale, l'«animus donandi». La condition dont une donation est affectée ne saurait jamais être qu'un motif, et non la véritable cause juridique de cette donation. Nous avons déjà réfuté cet argument lorsque nous avons admis avec la jurisprudence la confusion en matière de libéralités de la cause et des motifs. Nous n'y reviendrons pas ici.

La théorie de la cause impulsive et déterminante nous semble donc devoir être maintenue comme un heureux tempérament d'équité à l'article 900.

II.— Libéralités à des enfants illégitimes avec indication d'un motif illicite

1° *Enfants naturels.*— Les tribunaux ont eu à apprécier la validité de legs ainsi conçus : « Je lègue tous mes biens ou telle somme à X. «qui est» ou «parce qu'il est mon fils naturel». Si ces libéralités sont faites par testament authentique ou par donation entre vifs et qu'elles dépassent la quotité disponible fixée par le nouvel article 908, il n'y a aucun doute ; l'acte étant authentique et contenant une reconnaissance d'enfant naturel, la donation ou le legs à cet enfant naturel sera réduit dans les limites de l'article 908. Mais si le testament est olographe, la reconnaissance faite par acte sous seing privé est nulle (art. 334), et il semble que le testateur puisse donner à son enfant naturel non légalement reconnu tout ce dont il peut disposer à l'égard d'un étranger.

La jurisprudence et certains auteurs à sa suite ne

l'admettent pas (1). D'après les tribunaux, le legs doit être réduit dans les limites de la quotité disponible à l'égard des enfants naturels reconnus.

L'argument invoqué est qu'on annule ou réduit la libéralité, non pas en raison de l'incapacité du légataire (ce serait manifestement violer l'article 908), mais à raison d'un vice de la cause : « Attendu, trouve-t-on dans »l'arrêt de 1866, cité en note, qu'il n'importe nullement »que le légataire n'ait pas été reconnu légalement, dès »qu'il ne s'agit pas d'annuler la disposition à raison »de l'incapacité de la personne appelée à recueillir, mais »bien à raison du vice qui infecte la cause ».

La cause est illicite, non pas parce que la paternité est prouvée (l'article 340 en interdit la recherche), mais parce qu'il résulte de la disposition même que son auteur a considéré la paternité comme réelle et a disposé sous l'empire de cette conviction. Quand on donne à une personne que l'on considère comme son enfant naturel et que l'on gratifie en cette qualité, la libéralité, en tant qu'elle dépasse le maximum fixé par l'article 908, repose sur la volonté d'enfreindre la loi. Cette conviction, que l'on donne à son fils naturel et qu'on lui donne plus que la quotité disponible, constitue la cause illicite.

On s'accorde à reconnaître d'ailleurs que la preuve de la conviction du testateur que le légataire était son fils

---

(1) Nîmes. Dal. Rép. V° *Pat.* et *Fil.*, N° 539. — Paris 11 août 1866. D. 66, 2, 168. — Caen, 11 décembre 1876. S. 77, 2, 8. — Sic : Aubry et Rau, t. VII, p. 57 et t. VI, p. 177. — Larombière. Des oblig., t. I, p. 299 et suiv. Contra, Duranton, t. III, N° 216. — Zachariæ, t. IV, p. 52. — Demolombe, V. 429. — Baudry, Lacantinerie et Colin. Donat. et testament, t. I, p. 203. — Laurent, t. IV, N° 52. — Huc, t. VI, N° 97.

naturel ne peut résulter que des dispositions du testament lui-même.

La majorité de la doctrine s'est prononcée en sens contraire ; MM. Aubry et Rau et Larombière sont peut-être les seuls auteurs qui partagent l'opinion de la jurisprudence. Comme elle, d'ailleurs, ils se retranchent derrière l'argument tiré de la cause illicite.

Cette argumentation est pourtant facilement réfutable. Soit que l'on admette que la cause d'une donation réside uniquement dans l'intention libérale du disposant, soit que l'on admette au contraire qu'en matière de libéralités elle doive être confondue avec les motifs, il semble impossible de conclure que la cause en l'espèce est nécessairement contraire aux bonnes mœurs. Si elle consiste uniquement dans l'« animus donandi », elle ne saurait en aucun cas être illicite. Mais même si la cause d'une libéralité n'est autre que le motif essentiel, le but direct, rien n'indique *à priori* que ce but soit entaché de turpitude. La Cour de Cassation, comme l'a fort bien dit M. Laurent (t. XI, p. 497) qui admet pourtant avec nous la confusion de la cause et des motifs, «crée une cause illicite par voie de présomption». Un donateur déclare : «Je donne mes biens à P., mon fils naturel, ou parce qu'il est mon fils naturel ». Cela prouve uniquement qu'il croit que P. est son fils naturel. Mais s'ensuit-il nécessairement qu'il ait la volonté de violer la loi ? Il a pu agir ainsi parce qu'il ignorait la loi, ou s'il la connaissait, parce qu'il ne la croyait pas applicable aux enfants naturels non reconnus par acte authentique, ou plus vraisemblablement il n'a pas songé à la loi ; il a agi uniquement poussé par la sympathie, par l'affection toute naturelle à un homme envers celui qu'il considère comme son fils. Tels sont les différents mobiles qui ont pu le conduire à faire la dona-

tion ; aucun d'eux n'est illicite. Sans doute, le disposant a pu avoir pour but de violer la loi; cela est possible, mais cela ne résulte pas nécessairement de son acte ; on ne peut pas le présumer, car la fraude ne se présume pas.

D'ailleurs, si la libéralité a une cause illicite, il est illogique de la réduire comme le font les tribunaux, au lieu de l'annuler intégralement. Toute convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs est inexistante et ne peut produire aucun effet, même partiel. En vain objecte-t-on que la cause ne devient illicite qu'au-dessus du maximum de l'article 908. Il est contraire à la volonté du disposant de scinder ainsi en deux parties un acte unique. On arrive par ce procédé à créer deux legs différents, dont l'un est valable et l'autre nul, mais le testateur n'a fait et voulu faire qu'une seule libéralité ; c'est cette libéralité tout entière qui logiquement doit être annulée ou maintenue.

Enfin, ce système aboutit à la création d'une reconnaissance partielle dont on ne trouve aucune trace dans la loi. M. Laurent dit fort bien, dans le passage cité plus haut, « une reconnaissance faite par testament olographe »est nulle ; elle ne peut donc produire aucun effet, ni en »faveur de l'enfant, ni contre lui ». Est-il équitable de frapper l'enfant naturel non reconnu des mêmes incapacités que le fils naturel reconnu, sans lui accorder les droits que la loi donne à ce dernier comme compensation ? Cet argument avait déterminé en notre sens certaines décisions de jurisprudence, aujourd'hui malheureusement abandonnées (1).

---

(1) Cour de Bruxelles, 24 décembre 1839 (Pasicrisie 1839, 2, 255). — Nimes, 1er février 1843 (Dal. alph. V° Paternité, N° 539 note 1).

2° *Enfants adultérins ou incestueux.* — La même question se pose pour les donations à enfants adultérins ou incestueux, mais avec une portée plus étendue. Elle se pose pour toutes les libéralités, la reconnaissance volontaire des enfants adultérins ou incestueux étant absolument interdite. Le problème est donc le suivant : toute libéralité soit par actes entre vifs, soit par testament olographe ou authentique faite à une personne que l'on qualifie dans l acte même de donation d'enfant adultérin, pourra-t-elle être attaquée pour cause illicite?

La jurisprudence consacre l'affirmative sans prétendre violer les articles 335 et 342 : «Attendu qu'on ne peut »confondre dans les prohibitions des articles 335 et 342 »la preuve de la filiation adultérine du gratifié et la »preuve de la croyance que le testateur avait de sa »paternité» (1). Ce sont les mêmes arguments que tout à l'heure qui attirent les mêmes objections. Nous n'insisterons que sur deux points :

1° Certaines décisions apportent aux conséquences de la nullité les mêmes restrictions qu'en matière d'enfants naturels et, au lieu d'annuler la libéralité, la réduisent simplement dans les limites d'une pension alimentaire (art. 762) (2). Mais aux arguments déjà développés sur l'illogisme d'un tel système s'en ajoute un autre d'un très grand poids : la reconnaissance des enfants naturels simple est permise à certaines conditions ; celle des enfants adultérins ou incestueux est expressément inter-

(1) Cass. 1832. D. Rép. Pat. et Fil. N° 731. — Cass. Req 31 juillet 1860. S. 1860, 1, 838. — Amiens 14 janvier 1864. S. 1864, 2, 11.

(2) Cass. Req. 6 décembre 1876. D. 77, 1, 492. — Cass. Req. 29 juin 1887. D. 88, 1, 295.

dite, et maintenir la libéralité dans les limites d'une pension alimentaire c'est faire produire effet à une reconnaissance prohibée par la loi.

2° La jurisprudence exige aussi, comme dans le cas précédent, très rigoureusement, que l'acte de donation contienne en lui-même la preuve entière et complète que le disposant se considérait comme l'auteur du gratifié (1). Rechercher cette preuve dans un acte antérieur, dans la correspondance ou les papiers domestiques, ce serait, dit-elle, soulever des questions scandaleuses en même temps qu'insolubles que la loi a voulu prévenir lorsqu'elle a proscrit la recherche de la paternité et la reconnaissance des enfants adultérins. N'est-ce pas encore manquer de logique? La croyance est ici un simple fait qui peut être prouvée par tous moyens. Quant aux articles 335, 340 et 342, leur domaine est tout différent. Ils prohibent la preuve de la filiation adultérine, mais non la preuve de la croyance à cette filiation; ce sont là deux choses différentes, au dire même de la Cour de Cassation, qui fait reposer tout son système sur cette distinction.

En résumé, le système adopté par les tribunaux pour réduire, dans certains cas, les libéralités faites à des enfants illégitimes, nous paraît critiquable. Il présume que le donateur qui fait une donation à son fils en spécifiant qu'il lui donne à raison de sa qualité de fils adultérin ou incestueux est déterminé par un mobile illicite, ce qui est possible, mais pas nécessairement exact. L'annulation d'une libéralité pour motifs illicites ne sau-

(1) Arrêts cités à la note précédente.

rait être admise que lorsque l'illicité ou l'immoralité des mobiles n'est en fait pas douteuse, or, l'indication dans l'acte de la qualité de fils adultérin du donataire n'entraîne pas forcément la volonté de violer la loi. La jurisprudence a tort de considérer que cette indication donne nécessairement à la cause un caractère illicite et de transformer ainsi une simple question de fait en question de droit.

III. — Dons entre concubins

L'ordonnance de 1629, article 132, frappait de nullité les donations entre concubins. Aucune disposition du Code civil ne fait revivre cette prohibition ; comme les incapacités sont de droit étroit, l'état de concubinage entre le donataire et ledonateur ne saurait par lui-même et par lui seul fonder la nullité d'une libéralité. Mais si ces donations sont inattaquables au point de vue de la capacité, ne pourrait-on pas les atteindre, sinon toutes, du moins certaines d'entre elles, par d'autres théories et en particulier par la théorie de la cause? Une jurisprudence constante admet l'affirmative : pour aboutir à ce résultat, elle emploie trois moyens :

1° L'influence que la situation de concubin donne, dans certaines circonstances, au donataire sur le donateur peut être considérée comme un élément de captation ou de suggestion, et si des manœuvres dolosives viennent s'y joindre, la nullité du legs ou de la donation peut être prononcée (1).

---

(1) Cass. Req. 17 juillet 1871. D. 72, 1, 37. — Cass. Req. 16 juillet 1885. D. 86, 1, 289. — Paris 14 nov. 1894. D. 95, 2, 115.

Une décision (1) restée isolée d'ailleurs voit même dans l'état de concubinage une présomption de captation, surtout lorsque le testateur avait une grande faiblesse d'esprit.

2° Mais, en dehors de toute idée de captation ou de suggestion, la théorie de la cause, telle qu'elle est appliquée par les tribunaux aux donations à enfants illégitimes, pouvait être d'une grande utilité. De même que les libéralités à enfants adultérins ou incestueux peuvent être annulées au cas où l'immoralité résulte de l'acte lui-même, de même, semble-t-il, lorsque l'écrit qui la constate porte que la donation est faite à raison des relations illicites qui existent entre les deux parties, les tribunaux ne devraient pas hésiter à en prononcer la nullité. Il y aurait ainsi, entre ces deux séries de solutions, une certaine concordance, une symétrie apparente.

Telle semble bien être, en effet, la doctrine ébauchée dans plusieurs arrêts, et notamment dans l'arrêt rendu en 1860 par la Cour de Cassation (2) : «Considérant, dit-il, »...qu'il ne suit pas de là qu'une convention qui n'aurait »pour cause reconnue que le concubinat ne peut être »annulée comme contraire aux bonnes mœurs ; mais, con»sidérant que l'*acte de donation n'énonce pas* qu'il ait eu »pour cause des relations illicites entre le sieur G. et la »fille V.». Si la Cour de Cassation maintient en l'espèce la libéralité, c'est uniquement parce que l'acte de donation ne mentionne pas son motif. C'est identiquement le système suivi au cas de donations faites à enfants illégitimes.

---

(1) Paris 31 janvier 1814. D. Alph. V° Dispositions entre vifs, N° 250.
(2) Cass. Req. 26 mars 1860. S. 60, 1, 321.

La jurisprudence ne s'est pas arrêtée longtemps à cette doctrine, qui ne lui eût permis d'annuler qu'un très petit nombre de libéralités entre concubins, le donateur n'indiquant pas en général dans l'acte les relations qui existent entre la donataire et lui. Les considérants de plusieurs arrêts relatifs aux dons entre concubins sont même en contradiction flagrante avec la théorie de la cause telle qu'elle se dégage des arrêts relatifs aux donations à enfants adultérins. Tandis que ces derniers élèvent le simple motif au rang de cause, les premiers déclarent que la cause consiste uniquement dans l'intention libérale du donateur, d'accord sur ce point avec la presque unanimité de la doctrine : «La cause d'une libé»ralité entre concubins ne doit pas être recherchée, parce »qu'elle est dans la libéralité même», déclare la Cour de Montpellier dans un arrêt confirmé par la Cour de Cassation (1). Et la Cour de Paris (2), plus explicite encore, ajoute : « Il suffit que le donateur ou le testateur ait eu la »volonté de donner ou de léguer pour que la libéralité »ait une cause légale valable. Les motifs qui ont déter»miné cette volonté sont distincts de cette volonté elle»même et ne sont pas, au point de vue juridique, la cause »de la libéralité». Voilà une distinction entre la cause et les motifs dans les libéralités que l'on s'étonne de trouver dans une décision de jurisprudence.

3° Les tribunaux, pour annuler les libéralités entre concubins, se sont placés à un autre point de vue. Ils considèrent ces prétendues donations comme de vérita-

---

(1) Cass. Req. 23 juin 1887. D. 89, 1, 36.
(2 Paris 10 novembre 1893. D. 95, 2, 1[illegible]

bles contrats à titre onéreux, contenant, d'une part, l'obligation de payer une somme d'argent, de l'autre, l'engagement, soit de former des relations nouvelles, soit de maintenir des relations anciennes, soit de garder le silence sur les rapports illicites qui viennent d'être rompus. Leurs motifs ne parlent plus de donation, mais « d'engagement », « de pacte immoral, ayant pour but de »récompenser la concubine de ses complaisances, soit de »la garantir contre les conséquences pouvant en résul»ter ».

Cette théorie nouvelle est appliquée aux donations proprement dites (1), aux donations déguisées sous forme de contrats onéreux (2), et même aux testaments, dont un arrêt (3) déclare qu'ils « peuvent contenir sous l'appa»rence d'un legs de véritables conventions ayant une »cause immorale ».

Ce système conduit à valider certaines libéralités entre concubins : celles qui ne présentent aucun caractère bilatéral, qui, étant dictées uniquement par une pensée libérale, ne peuvent en aucune façon être considérées comme un pacte immoral. Les tribunaux s'arrogent le pouvoir souverain d'apprécier si en fait l'acte constitue une donation ou un contrat onéreux. Les obligations souscrites au cours des relations illicites, ou au moment de leur formation, auront le plus souvent pour but de favoriser ces rapports immoraux, et, à ce titre,

(1) Grenoble 30 avril 1858. D. 58, 2, 164.

(2) Cass. Req. 23 juin 1887. D. 89, 1, 36 — Cass. Req 4 janvier 1897. D. 97, 1, 126. — Alger 23 décembre 1895. D. 97, 2, 453.

(3) Paris 13 novembre 1893 précité. D. 95, 2, 115.

seront annulées. Au contraire, après la cessation des relations, la cause de l'engagement sera généralement soit la réparation du préjudice causé, soit l'accomplissement d'un devoir de conscience et n'aura rien de contraire aux bonnes mœurs (1). Toutefois, ce fait que la libéralité a été faite avant ou après la rupture des relations ne constitue pas un critérium certain. Certaines dispositions ont été annulées, quoique faites après la cessation du concubinage, comme ayant pour but soit de rémunérer des services passés, soit d'acheter le silence sur les rapports anciens (2). On ne peut à ce point de vue poser de règle fixe. La jurisprudence apprécie surtout l'acte en fait et le maintient ou l'invalide selon qu'il lui paraît ou non reposer sur des motifs illicites.

Une des raisons qui ont conduit la jurisprudence à rejeter, pour les libéralités entre concubins, le système admis au cas de donations à enfants illégitimes a sans doute été le désir d'atteindre certains actes qui ne portaient pas en eux-mêmes la mention du motif illicite pour lequel ils avaient été faits. Mais précisément cette raison même devait la conduire à une autre conséquence, sans laquelle elle ne pourrait pas réaliser le but visé. Admettons que la preuve de l'état de concubinat ne peut pas être recherchée en dehors des dispositions de l'acte lui-même. C'est faire dépendre le maintien de la libéralité du plus ou moins d'habileté des parties dans la rédaction de l'écrit qui la constate. Or, la Cour de Mont-

---

(1) Grenoble 23 janv. 1864. D. 1864, 5, 254. — Aix 10 janvier 1878. Dal. Alph. V° Disp. ent. vifs, N° 252.

(2) Besançon 19 mars 1862. D. 62, 2, 58. — Aix 25 janvier 1883. D. 83, 2, 237.

pellier, dans un arrêt déjà cité (D. 89, 1, 36), déclare : «que les précautions prises par les parties pour dissimuler la cause inavouable de leur convention ne peut avoir »pour effet de paralyser les dispositions des articles »1131 et 1133». C'est pourquoi plusieurs (1) arrêts autorisent la preuve des relations illicites par la correspondance, l'enquête, les présomptions, par des moyens en un mot étrangers à l'acte lui-même.

Toutefois ces moyens de preuves, faciles, mais dangereux en ce qu'ils ressuscitent ces procès scandaleux, ces recherches indiscrètes que tant de dispositions légales ont voulu proscrire (interdiction de la recherche de la paternité, de la reconnaissance des enfants adultérins) ne sauraient être admis sans difficulté. L'esprit même de la loi qui, en ne sanctionnant pas l'incapacité entre concubins, a voulu précisément éviter ces recherches scandaleuses, ne s'oppose-t-il pas à leur admission ? Plusieurs tribunaux (2) l'ont pensé, et ont rejeté toute preuve ne résultant pas des énonciations de l'acte lui-même, qu'il s'agisse d'un testament ou d'un billet. Ainsi le but poursuivi n'est qu'en partie atteint et le système admis par les tribunaux, au cas de libéralités entre concubins, n'a abouti qu'à des solutions contradictoires.

Critique. — Cette jurisprudence n'est pas seulement critiquable à cause de la véritable anarchie à laquelle elle aboutit en pratique ; elle l'est aussi dans son principe

(1) Besançon 19 mars 1862. D. 62, 2, 58. — Dijon 3 déc. 1894. D. 95, 2, 237. — Caen 2 juil. 1872. S. 73, 2, 145. — Agen 7 juil. 1886. S. 86, 2, 189.

(2) Cass. Req. 26 mars 1860. D. 60, 1, 255. — Besançon 13 fév. 1865. D. 65, 2, 29. — Trib. Seine 10 décembre 1890. D. 93, 2, 416. — Alger 23 décembre 1895. D. 97, 2, 453.

même. Ce n'est pas en effet sans un grand effort d'imagination qu'on peut considérer les dons entre concubins comme des contrats à titre onéreux.

Sans doute, le donateur n'est pas mû uniquement par une pensée de libéralité. A côté de l'«animus donandi», se retrouve dans son acte une autre pensée moins louable : le désir de former ou de maintenir des relations illicites. Ses intentions peuvent être égoïstes ; sa donation sera, si l'alliance des mots ne choque pas trop, une donation intéressée. Mais cela suffit-il pour que l'acte perde son caractère de libéralité? Nous ne le pensons pas. S'il en était autrement, la libéralité n'existerait pas ; jamais une vraie donation n'aurait été faite. On donne pour se procurer un plaisir, ne serait-ce que le plaisir de faire le bien, de voir les autres heureux. Les personnes qui aiment à donner sont celles qui se réjouissent du bonheur d'autrui, mais par cela seul qu'elles se réjouissent, on peut, si l'on veut analyser rigoureusement leurs sentiments, dire qu'elles donnent moins pour le plaisir d'autrui que pour la joie que leur cause le bonheur des autres. Cela est-il complètement désintéressé?

«Le caractère gratuit ou onéreux d'un contrat dépend »de la réciprocité des prestations ou des engagements »échangés entre parties, écrit M. Planiol (1). Si chacune »d'elles donne quelque chose ou prend un engagement, »le contrat est onéreux. Si cette réciprocité fait défaut, »si une partie donne ou fait quelque chose sans rien exi»ger en retour, le contrat est à titre gratuit». Or ici, de par le contrat même, une seule partie donne ou promet ; l'autre reçoit sans rien promettre en compensation ; elle

(1) Note Planiol, sous Nîmes, 22 janvier 1890. D. 91, 2, 113.

n'est obligée à rien ni civilement ni même naturellement. Si elle consent à conserver des rapports illicites, c'est parce qu'elle le veut bien, et non parce que la convention l'y oblige ; il y aura si l'on veut deux donations successives, dont l'une explique l'autre ; il n'y aura pas contrat onéreux. Le procédé employé par la jurisprudence aboutit à un véritable «travestissement» de la réalité, comme le fait remarquer M. Planiol (*Revue crit.*, 1888. p. 705).

Une personne rend un service à quelqu'un. Pour la récompenser, ce dernier lui fait une donation. Dira-t-on qu'il y a rétribution d'un service rendu, que la prétendue libéralité n'est que le salaire de l'acte accompli ? Aucunement ; on considérera qu'il y a eu plutôt deux donations. N'est-ce pas identiquement la même hypothèse que celle dans laquelle un concubin promet une certaine somme en rétribution des services immoraux de sa concubine ? Il n'y a pas plus paiement dans un cas que dans l'autre.

Nous admettons donc que les dons entre concubins sont de véritables donations.

Les conditions de forme des libéralités pourront ne leur être pas applicables. La validité des donations déguisées étant admise par la jurisprudence, il sera possible de voir dans de tels actes des libéralités déguisées sous la forme de contrats onéreux : emprunt, reconnaissance de dettes, etc. ; l'exigence de l'authenticité de l'acte sera ainsi écartée. Mais les conditions de fond des donations resteront applicables, et parmi elles les règles sur la cause.

Ces règles conduisent à peu près au résultat auquel aboutit la jurisprudence par une autre voie. Chaque fois que la libéralité, déguisée ou non, aura été faite dans le but de maintenir ou de créer des rapports illicites, ses motifs seront contraires aux bonnes mœurs et l'article

1131 permettra de prononcer la nullité. Faite après la cessation des relations, dans l'intention de réparer un préjudice moral, réel, la libéralité aura des motifs licites et devra être maintenue.

Il est étrange de voir la jurisprudence, après avoir accepté la confusion de la cause et des motifs dans les libéralités à enfants illégitimes, dans la théorie de la cause impulsive et déterminante, adopter un système qui a certainement pour point de départ la restriction de la cause à l'intention libérale, à l'«animus donandi».

Section III

Confusion de la cause et des motifs dans les contrats à titre onéreux.

Tandis que le Code civil distingue nettement la cause des motifs dans les contrats onéreux, la jurisprudence les confond, comme elle les avait déjà confondus en matière de libéralités. Elle n'a pourtant plus les mêmes raisons juridiques que tout à l'heure d'étendre ainsi la notion de cause. Elle mérite, à n'en pas douter, le reproche d'illégalité. Nous montrerons tout à l'heure que cette tendance prétorienne est inspirée par de puissantes raisons d'équité. C'est pourquoi, si au point de vue strictement juridique ces décisions nous semblent critiquables, au point de vue législatif elles paraissent devoir amener une modification aux articles 1131 et 1133.

Cette tendance se manifeste dans plusieurs hypothèses dont les principales sont : les effets de complaisance, — les contrats d'entremise matrimoniale, — les conventions relatives à des établissements immoraux

I. — Des effets de complaisance (1)

1° La lettre de change est généralement mise en circulation à la suite d'une opération commerciale entre le tireur et le tiré. Cette opération peut consister soit dans une vente ou un échange de marchandises réalisé ou à réaliser, soit dans une ouverture de crédit faite par le tiré au tireur. Elle porte le nom de provision. Cette provision est une garantie pour les endossataires successifs que la traite sera payée à l'échéance. Mais si un négociant n'a ni acheteur ni banquier qui lui prête, et qu'il ait besoin d'argent, sa signature par exemple étant protestée, il peut essayer de se procurer des fonds en créant du papier sur un tiers qui n'a aucune dette envers lui. Si ce tiers accepte la combinaison, un effet de complaisance va être créé.

L'effet de complaisance peut être mis en circulation dans deux cas différents. Deux commerçants, dans une situation également obérée, peuvent s'entendre pour faire traite mutuellement l'un sur l'autre. Si les deux effets trouvent un banquier, dupe ou complice, qui consente à les escompter, les deux compères se seront procurés un crédit factice qui durera jusqu'à l'échéance. Parvenus à l'échéance, ils pourront le prolonger encore en renouvelant l'effet et le stratagème durera jusqu'au jour où le banquier voudra être payé en argent. La situa-

---

(1) *Bibliographie.*— Dramard ; Traité des effets de complaisance.— Note Meynial, sous Paris, 16 novembre 1888 au S. 91, 2, 89.— Note Thaller, sous Lyon, 30 mars 1897. D. 97, 2, 385. — Hémard ; Thèse : Des effets de complaisance (Paris, mars 1900).

tion dans cette première hypothèse est particulièrement grave pour les différents signataires, puisque ni le tiré ni le tireur ne sont solvables.

Le second cas présente moins de dangers. Le tireur est seul menacé de la faillite. Le tiré désire le secourir, le remettre à flot, par exemple, parce qu'à la suite d'opérations antérieures il est devenu son créancier et qu'il veut éviter la faillite dans laquelle il n'obtiendrait qu'un dividende. A l'échéance, si les affaires du tireur ne vont pas mieux et que l'effet ne soit pas renouvelé, le tiré paiera la première traite avec l'escompte d'une deuxième mise en circulation quelques jours avant l'échéance de la première. Les traites chevaucheront ainsi l'une sur l'autre ; d'où le nom qu'on leur a donné en Allemagne d'effets « en cavalerie ».

Ces moyens extrêmes qu'emploie un commerçant pour prolonger sa situation sont très dangereux. Le plus souvent ils n'aboutiront qu'à retarder, en l'aggravant, la faillite du négociant téméraire. Une jurisprudence constante prononce la nullité de ces effets dits de complaisance. Certes, si l'on se place uniquement à un point de vue pratique, cette jurisprudence ne saurait être critiquée : de pareilles traites qui le plus souvent ne sont pas payées ou sont payées avec difficulté à l'échéance sont nuisibles au crédit ; les endossataires imprudents qui ont été obligés de payer le porteur s'abstiendront à l'avenir ou seront tout au moins plus circonspects. Les effets de commerce, dont la rapide et libre circulation est nécessaire, seront difficilement acceptés et le commerce tout entier en subira une grave atteinte. Mais au point de vue strictement juridique, ces décisions sont discutables parce qu'elles sont fondées sur une confusion de la cause et des motifs.

On a prétendu, il est vrai, que les effets de complaisance sont nuls, soit pour absence de provision, soit pour défaut de cause, soit pour cause illicite, mais ces différents systèmes ne rencontrent plus grand crédit.

1° *Absence de provision.* — Il est certain que dans les effets de complaisance la provision n'existe pas ; or, dit-on, la provision est la principale garantie du paiement à l'échéance, elle est nécessaire dans toute lettre de change et son absence doit entraîner la nullité de la traite. N'est-ce pas exagérer le rôle de la provision? Celle-ci donne souvent une garantie efficace. Mais il ne faut pas oublier qu'elle peut consister en un prêt, une ouverture de crédit ; quel avantage conférera-t-elle alors au porteur dans le cas notamment de faillite du tiré? Si même la provision consiste en des marchandises vendues, ces marchandises peuvent être vendues à plusieurs reprises et chaque fois une nouvelle traite sera mise en circulation. Le dernier porteur seul pourra consacrer le produit de ces objets au paiement du dernier effet. Pour les autres porteurs, la provision n'aura été qu'un leurre. Mais même en admettant, avec la jurisprudence, la théorie de la provision, son application à notre hypothèse ne semble pas possible pour deux raisons.

Si le titre est nul comme lettre de change à raison de l'absence de provision, ne pourra-t-il pas, quand il aura été accepté et signé par le tiré, valoir comme billet à ordre, et dès lors tous les inconvénients que présentent les effets de complaisance ne se produiront-ils pas quand même ?

A un autre point de vue, cette nullité produirait des effets trop étendus. Elle dépasserait le domaine des effets de complaisance et ne permettrait pas de distinguer les

traites de complaisance des autres traites sans provision. Nous verrons bientôt, en effet, que les effets de complaisance ne sont pas les seules traites sans provision.

2° *Absence de cause ou cause illicite.* — Il n'y a pas davantage nullité pour absence de cause. Nous avons vu qu'un acte sans cause est un acte sans raison, un acte de folie. Peut-on dire que le tiré s'est conduit en acceptant comme un être dénué de raison? Tout au contraire; il a pu agir dans un but égoïste, intéressé, peut-être illicite mais certainement très raisonnable. Y a-t-il davantage cause illicite? Tout acte, dit-on, qui est pénalement punissable est nécessairement illicite et la convention qui a pour but l'accomplissement de cet acte a une cause illicite. Or l'article 585 C. Com. punit comme banqueroutier simple tout commerçant qui dans l'intention de retarder sa faillite « s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds». L'effet de complaisance est donc prévu et puni par cette disposition. Mais il ne l'est qu'à certaines conditions : il faut d'abord qu'il y ait eu faillite du commerçant. Il faut ensuite que la traite ait été un moyen ruineux; or, dans certaines hypothèses elle a pu être plus utile que nuisible au failli ; ce sont peut-être d'autres circonstances qui ont hâté sa ruine. « En s'appuyant sur »ce texte, écrit M. Meynial dans la note précitée, le ca»ractère illicite de l'acte ne résulte pas tant de l'émission »d'effets de complaisance que des conditions auxquelles »cette émission est faite et des suites quelle a eues pour »le tireur. L'acte n'étant pas illicite en soi, on ne »pourrait annuler la convention dont il est la cause».

3° *Théorie adoptée.* – La doctrine et la jurisprudence

récentes s'accordent à reconnaître que les effets de complaisance sont nuls à raison du but immoral poursuivi par les parties (1). C'est moins dans l'intérêt du tireur ou de ses créanciers que dans l'intérêt plus général de la libre circulation fiduciaire qu'il faut chercher la raison d'être de cette annulation. Les commerçants qui mettent en circulation des effets de complaisance s'efforcent de cacher leur situation obérée, de tromper les tiers sur l'étendue et la solidité de leur crédit; or «il est immoral, comme »le fait remarquer M. Hémard (p. 53), qu'une entente »frauduleuse entre commerçants leur permette de battre »monnaie avec un crédit supposé et de porter préjudice »aux tiers par des renouvellements sans fin qui persuadent »l'existence de nouvelles entreprises». Ces procédés ne sont pas seulement immoraux ; ils sont surtout dangereux pour le commerce qui ne vit que de crédit ; ils sont de nature à rendre les commerçants méfiants, difficiles dans l'endossement des effets de commerce et par conséquent à nuire au développement de ce véritable billet de banque commercial qu'est la lettre de change.

Il suit de là que le fait par un parent, un ami, un collaborateur de donner sa signature pour favoriser le commerce du bénéficiaire ne constitue pas par lui-même et par lui seul un effet de complaisance. Il n'est pas défendu de secourir un commerçant gêné, un ami menacé. Il n'y aura nullité que s'il y a eu chez les parties intention de tromper les tiers, si par exemple le tiré n'a aucun crédit et n'a entendu être couvert qu'au

(1) Thaller, Meynial. Notes citées. — Cass. civ. 2 juillet 1883. S. 85, 1, 64.— Cass. Req. 18 octobre 1886. S. 86, 1, 470.— Bordeaux, 2 juin 1896. D. 96, 2, 406.

moyen d'un renouvellement. La question est donc surtout une question de fait, dans laquelle on doit tenir grand compte des intentions des parties.

Mais le but poursuivi par le tireur ou le tiré, les intentions des deux commerçants ne sauraient constituer la cause juridique de la lettre de change. La cause est toujours la même dans les contrats du même genre ; or, ici le but poursuivi peut être différent avec chaque espèce particulière. Il s'agit donc d'un simple motif; voici par conséquent une première confusion entre la cause et les motifs (1).

II. — Courtiers matrimoniaux

Une jurisprudence presque constante, depuis l'arrêt de principe de 1855, rendu sur un lumineux rapport du conseiller Laborie, distingue, en cette matière, deux hy-

---

(1) Nous n'avons parlé jusqu'à maintenant que de la lettre de change. Toutefois, la généralité des motifs que nous avons donnés s'applique aussi bien au billet à ordre de complaisance. La jurisprudence ne fait aucune distinction et nous partageons son opinion, parce que, quel que soit le moyen employé, le but poursuivi est toujours le même. Mais M. Meynial, dans la savante note insérée au Sirey, se déclare porté à distinguer et à reconnaître la validité du billet de complaisance, le billet à ordre se distinguant précisément de la lettre de change en ce qu'il ne suppose aucune provision. Il voit dans le billet un moyen de crédit réel, dans la lettre de change un moyen personnel, « on arriverait ainsi à fournir deux instruments de crédit différents quant à leur but et à créer un mécanisme dont la souplesse s'adapte mieux à toutes les nécessités pratiques ». Nous ne saurions accepter cette argumentation ; le motif que nous avons invoqué en faveur de la nullité des effets de complaisance est d'ordre plus général, indépendant de toute idée de provision. Ces effets sont annulés à cause du but immoral que poursuit celui qui les met en circulation. Dans les deux cas le but est identique : tromper les tiers, obtenir un crédit fictif. Pas plus dans l'un que dans l'autre, la loi ne peut prêter son concours à de pareilles tromperies, à cette sorte de fabrication de fausse monnaie.

pothèses : si une somme a été stipulée pour indemniser l'entremetteur des soins, des démarches et des impenses qu'il a pu faire pour amener la conclusion d'un mariage, l'engagement est valable. Mais, si la somme est hors de proportion avec les services rendus et qu'elle ne soit stipulée due qu'au cas de succès dans les négociations, la convention est nulle pour cause illicite (1).

Dans la première hypothèse, déclare M. Laborie, on ne saurait dire que l'objet de l'obligation soit immoral ; cet objet consiste en une somme d'argent d'un côté et, de l'autre, dans l'engagement de prêter ses soins, ses démarches, ses relations à la conclusion d'un mariage. L'objet de chaque obligation et, par suite, sa cause, sont licites. En vain soutiendrait-on que l'obligation de l'entremetteur a pour objet le mariage, qui est chose hors du commerce. Le mariage n'est ici que l'occasion. La justice, la santé sont aussi hors du commerce. Cependant nul ne discute que les honoraires de l'avocat, du médecin, ne soient dus, quoiqu'ils soient la rémunération de services rendus à l'occasion de la justice ou de la santé. En vain également prétend-on que le courtier, afin de réussir, emploiera des moyens frauduleux pour peser sur les volontés ou cacher les vérités indiscrètes. Sans doute, cela est possible, mais un contrat ne peut pas être annulé, parce qu'il est possible qu'il soit exécuté avec mauvaise foi ; à ce compte, combien de conventions seraient-elles valables? S'il est prouvé, en fait, que le mandataire a mal exécuté son engagement, on annulera l'obligation corré-

(1) Cass. civi. 1er mai 1855. D. 55, 1, 147. (Rapport du conseiller Laborie). — Nimes, 18 mars 1884. S. 84, 2, 100.— Paris, 27 octobre 1892. D. 93, 2, 271. — Besançon, 6 mars 1895. D. 95, 2, 224. La Cour de Paris a même annulé la convention dans le premier cas. (Paris, 8 février 1862. S. 62, 2, 377.

lative du mandant; on pourra même se montrer très facile sur les moyens de preuve de la fraude. Mais on ne saurait aller plus loin.

Toute autre, prétend M. le conseiller Laborie et la jurisprudence à sa suite, est la situation dans le deuxième cas. Ici, l'objet de l'obligation du mandataire ce n'est plus les démarches, les recherches, c'est « le consentement à un mariage ». La preuve en est que, si le mariage n'est pas conclu, la rémunération n'est pas due et que la somme promise est calculée plutôt d'après l'importance de la dot à obtenir que d'après la valeur des démarches. Or, « le consentemunt au mariage ne saurait être matière à spéculation et à trafic ». Si l'on objecte que ce n'est pas la convention qui est immorale, mais seulement son exécution qui peut l'être, on nous répond que ce n'est pas lorsque le mal sera produit par la réalisation du mariage qu'il faudra songer à le prévenir; il suffit que le danger se montre et que le mal soit possible.

Malgré la haute autorité qui s'attache à une jurisprudence constante depuis un demi-siècle, les arguments qu'elle invoque ne nous convainquent pas. Nous ne sommes pas sympathique aux entremetteurs de mariage; mais si l'on met la question de sentiment à l'écart du débat, il semble bien difficile de les condamner sur le terrain de la cause. Quel est, en effet, le but immédiat que se propose d'atteindre celui qui souscrit une obligation au profit d'un courtier matrimonial? C'est d'arriver à contracter mariage par les soins de l'entremetteur qui s'engage à déployer toute sa diplomatie en vue de l'obtention de ce résultat. Mais l'objet de l'obligation de l'entremetteur consiste bien toujours dans les démarches, les courses, les impenses en vue de la réalisation du mariage. Sans doute, ces démarches ont pour but d'obtenir le

consentement au mariage ; mais ce n'est là que le but indirect éloigné, la «causa remota», le simple motif de la convention. La véritable cause des obligations des deux parties est, d'un côté, la somme promise, de l'autre, les services rendus ou promis, services qui en eux-mêmes n'ont rien d'intrinsèquement immoral.

Sans doute, la convention, prise dans son ensemble, présente un caractère immoral; certaines de ces clauses blessent manifestement les bonnes mœurs. Sans doute aussi les intentions des parties paraissent peu honorables : la fraude et la mauvaise foi sont à craindre. L'acte est vicié, mais seulement dans son but, ses motifs, ses conséquences, dans l'intention probable des parties, et non dans sa cause. La jurisprudence pourrait en fait annuler souvent de pareils contrats s'il lui était permis d'apprécier l'acte dans son ensemble, dans la totalité de sa manifestation extérieure ; mais, sous l'empire de la théorie de la cause, elle ne peut en prononcer la nullité sans faire une confusion peu juridique entre la cause et les motifs.

III. — Contrats relatifs à des établissements immoraux

Ici encore le mépris qu'inspirent les contractants semble avoir guidé la jurisprudence, plutôt que de pures considérations juridiques. La confusion de la cause et des motifs apparaît dans les décisions relatives à des ventes, des locations de maisons de tolérances, ou à des prêts et toutes sortes d'autres contrats intervenus en la même matière.

1° *Vente et location.* — S'il s'agit de la vente de la

licence d'une maison de tolérance (autorisation administrative de l'exploiter), la convention peut être annulée; la cause de l'obligation de l'acquéreur est ici la licence, c'est-à-dire une chose intrinsèquement immorale. La licence étant une autorisation délivrée par l'administration est une chose licite, mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne soit pas contraire aux bonnes mœurs. La tolérance accordée à de pareilles maisons n'équivaut pas à un brevet de moralité ; elle a plutôt pour but de permettre un contrôle, une surveillance sur ces établissements que d'en reconnaître l'utilité. C'est pourquoi un arrêt récent, qui fait la distinction tres rationnelle entre la vente de la licence — qu'il annule — et la vente de l'immeuble — qu'il déclare valable, — ne peut que recevoir l'approbation de la doctrine (1).

Mais la jurisprudence ne s'en est pas tenue à cette solution si judicieuse. De nombreux arrêts annulent les contrats de vente et de location des immeubles devant servir à l'exploitation de la licence, par ce motif laconique: «que de pareils contrats ont une cause contraire aux bonnes mœurs» (2). Quelle est donc la cause de l'obligation du vendeur ou du locateur : c'est le prix ou le loyer, choses évidemment licites et morales. Quelle est la cause de l'obligation de l'acquéreur ou du preneur? c'est la remise en propriété ou en jouissance de l'immeuble. Or, en soi, dépouillée de tout élément tiré de l'intention des parties, cette remise n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. L'immoralité ne découle pas de la

(1) Paris 14 décembre 1889. D. 90, 2, 189.

(2) Pour la vente : Riom, 30 nov. 1893, S. 94, 2, 75. — Trib. Emp. All., 1er déc. 1891. D. 93, 2, 11. — Pour le louage. Alger, 9 mai 1894. D. 95, 2, 21.

nature intrinsèque de l'objet vendu. Sans doute, la maison peut servir à l'exploitation d'une licence de tolérance; les parties ne l'ignoraient peut-être pas ; mais on ne doit pas s'occuper de l'intention des parties, des motifs qui les ont poussées à agir.

Prêts, autres contrats. — La même confusion entre cause et motifs se révèle encore relativement aux prêts et aux autres contrats faits à l'occasion de maisons de tolérance ou de jeu. Un prêt de somme d'argent, ayant pour cause le versement des deniers, devrait être inattaquable sur ce terrain. Cependant, il suffit que l'emprunteur ait contracté son engagement en vue de se procurer les fonds nécessaires à l'acquisition ou à l'exploitation d'un établissement immoral, et que le prêteur ait connu la destination des deniers pour que la jurisprudence annule le contrat intervenu. La cause, disent les tribunaux, ce n'est plus le versement des deniers, c'est «l'acquisition d'une maison de tolérance» (1).

Les tribunaux annulent encore, comme reposant sur une cause immorale, le prêt d'argent fait par un garçon de cercle à un joueur pendant une partie (2).

Mais si la connaissance par le prêteur de la destination immorale que l'emprunteur compte donner aux deniers versés permet d'annuler le contrat pour cause illicite, il ne faut pas hésiter à prononcer la nullité : de la vente des bijoux destinés à une séduction ; de la location des appartements destinés à abriter des amours illicites ;

---

(1) Cass. civ. 15 déc. 1873. S. 74, 1, 241 (note Dubois). — Cass. Req. 1er av. 1895. S. 96, 1, 289 (note Appert). — Cass. Req. 1er av. 1895. D. 95, 1, 263.

(2) Cass. Req. 4 juillet 1892, D. 93, 1, 500.

des marchés de fournitures et de tous les contrats passés par des maisons de tolérance, lorsque la preuve sera fournie de la connaissance par les deux parties de la destination des deniers.

Certaines décisions semblent bien s'être engagées dans cette voie. C'est ainsi que la Cour de Cassation s'est refusée à valider les créances qui ont pour cause des services de domesticité dans une maison de tolérance, services d'ailleurs en eux-mêmes très moraux (1). La Cour de Limoges a même déclaré irrecevable la demande formée par une fille publique contre le chef de la maison dont elle était pensionnaire, en restitution d'effets et d'objets mobiliers, sous prétexte que «le litige ne pouvait être »tranché sans connaître de conventions ou de faits illi»cites» (2). Enfin, Baudry cite cet exemple typique d'une vente de vin de Champagne annulée par le Tribunal de commerce de la Seine parce que ce vin devait être consommé dans une maison publique (3). Que fait-on, dans ces arrêts, des règles sur la cause, des limitations si rigoureuses aux pouvoirs du juge? La cause est dans le louage de service, d'une part la somme d'argent, de l'autre les services rendus ; — dans le dépôt, le fait d'avoir touché les objets que l'on s'engage à restituer ; — dans la vente, d'un côté le prix, de l'autre la chose vendue. Aucun de ces éléments, dans les espèces citées, n'était contraire aux bonnes mœurs ; c'étaient : une somme d'argent, du vin de Champagne, des objets mobiliers, des services de domesticité. Tout le reste n'est que motifs,

(1) Cass. Req. 11 nov. 1890. D. 91, 1, 484.
(2) Limoges. 30 avril 1888. D. 89, 2, 38
(3) Baudry, t. II, p. 55.

intentions cachées, et ne rentre pas dans le contenu juridique du contrat.

Nous ne connaissons pas de décisions qui annulent la vente de bijoux destinée à une séduction, ni la location d'un garni ou d'une chambre d'hôtel destinée à faciliter des liaisons illicites. Mais le jour où un plaideur demanderait la nullité de pareils contrats, les tribunaux ne pourraient, sans manquer de logique, refuser de la prononcer.

La jurisprudence aboutit, en définitive, à écarter du prétoire toute une catégorie de justiciables, par ce seul motif qu'ils exercent une profession déshonnête.

CHAPITRE III

Critique de la théorie de la cause

Section I

La théorie de la cause et la pratique

Lorsqu'il s'agit d'une théorie nouvelle comme la théorie de la cause, en grande partie créée par les prédécesseurs immédiats du Code civil, il n'est pas inutile de se livrer à l'étude expérimentale des décisions pratiques auxquelles elle a donné lieu. C'est cette partie de notre ouvrage que nous venons de terminer ; il convient maintenant de dégager les enseignements que cette expérience d'un siècle a révélés, au point de vue de la valeur juridique et législative de la théorie de la cause.

La loi ne saurait prévoir la variété et la multiplicité des inventions privées par lesquelles les individus peuvent chercher à porter atteinte aux principes généraux qui doivent assurer la justice et la moralité dans les relations sociales. Elle ne peut que tracer des règles générales, fixer les principes applicables à chaque catégorie déterminée de faits particuliers. Mais, pour que ces principes aient une réelle valeur juridique, il faut que, dans leur domaine propre, ils soient à la fois nécessaires et suffisants. Si une théorie peut être remplacée sans inconvénient par d'autres déjà adoptées par la même légis-

lation, elle n'apparaît que comme une superfétation encombrante. Si, en outre, elle n'est ni assez souple ni assez élastique pour permettre d'atteindre la grande majorité des faits particuliers qu'elle vise, elle ne remplit pas le rôle pour lequel elle a été créée. Or, l'étude de la jurisprudence montre bien que la théorie de la cause n'est ni nécessaire ni suffisante.

1° *Elle n'est pas suffisante.* — Si de nombreuses décisions jurisprudentielles sont discutables au point de vue strictement juridique, on est obligé de reconnaître qu'elles s'inspirent, en fait, de puissantes considérations d'équité.

Voici un père qui a commis la première turpitude d'avoir une seconde famille à côté de sa famille légitime. Il pourrait donner la quotité disponible à son fils adultérin, sans mentionner la nature des liens qui l'unissent au donataire. Mais au lieu de cacher sa honte, il la montre, il l'étale au grand jour ; dans un testament, dans un acte de donation, il déclare qu'il donne à son fils illégitime, à raison de sa qualité de fils adultérin. Il semble vouloir porter un défi à la loi qui ne l'autorise à léguer ou donner que des aliments. Ne conçoit-on pas la répugnance des tribunaux à valider un acte qui révèle un tel cynisme ?

Un jeune homme veut se marier ; il recherche une riche dot plutôt qu'une honnête femme. Il s'adresse à un courtier matrimonial, et le caractère mercantile du but poursuivi apparaît dans les clauses du contrat intervenu ; la rétribution promise est proportionnée à la dot obtenue, le paiement est subordonné au succès des démarches. N'est-il pas immoral de voir spéculer honteusement sur le lien le plus important et le plus grave de la vie ?

L'équité n'exige-t-elle pas qu'on annule des conventions qui tendent à favoriser des mariages purement commerciaux ?

Deux commerçants, menacés par la faillite, s'entendent pour se procurer des fonds grâce à des traites de complaisance qui ne correspondent à aucune opération commerciale. Ils obtiennent ainsi un crédit fictif en trompant des tiers qui auraient réfusé d'endosser l'effet s'ils avaient connu la situation de ceux qui les mettaient en circulation. Les tribunaux peuvent-ils admettre cette sorte de fabrication de fausse monnaie commerciale ?

Même dans la jurisprudence relative aux maisons de tolérance, que nous avons rigoureusement condamnée au point de vue des principes, n'est-il pas visible que les tribunaux se sont laissés guider par des considérations de fait, souvent très graves.

Sans doute, certaines décisions ne s'expliquent pas, même en équité. On ne voit pas pourquoi les individus qui exploitent de pareils établissements ont été exonérés de payer le salaire de leurs domestiques, ou les fournitures qu'ils avaient achetées, ou de restituer les effets mobiliers qu'on avait déposés chez eux. De pareilles solutions ne peuvent s'expliquer que par un sentiment de pudeur exagéréé de la part des magistrats. Il est regrettable évidemment que de pareilles turpitudes soient étalées devant les tribunaux. Cependant, les débats, soit en correctionnelle, soit en Cour d'assises, révèlent bien les vices les plus honteux et les plaies les plus dégradantes de l'humanité. Le prétoire n'en est pas déshonoré. Y a-t-il donc deux morales selon que le juge siège au criminel ou au civil ?

Mais à côté de ces décisions, combien d'autres que seuls les principes juridiques condamnent ! Un proprié-

taire loue sa maison ; il sait que son locataire veut y établir une maison publique. Il ne s'associe pas avec lui directement, mais il profite de la situation ; il exige un prix plus élevé qu'il ne le ferait si son immeuble devait recevoir une destination honnête. Un capitaliste prête son argent à un individu qui veut pratiquer un commerce honteux. Il ne constitue pas avec lui une véritable société, mais il connaît la destination des deniers prêtés ; il exige comme compensation un taux d'intérêt plus onéreux. Les tribunaux peuvent-ils donner leur sanction à des spéculations aussi éhontées sur la prostitution d'autrui ? Valider de pareils contrats, n'est-ce pas favoriser une industrie bien peu digne d'intérêt ?

Considérées en équité, abstraction faite de toute préoccupation juridique, les décisions de la jurisprudence sont donc le plus souvent indiscutables. On ne peut que regretter le manque de souplesse de la théorie de la cause qui ne permet pas d'atteindre de nombreuses conventions qui blessent manifestement les bonnes mœurs. Ce défaut tient surtout à son caractère purement objectif, d'après lequel l'immoralité doit se révéler dans la matière même du contrat. Un système plus subjectif paraît préférable ; il permettrait au juge de tenir compte des intentions, du but visé par les parties, lorsque ce but est connu, ces intentions certaines.

Encore avons-nous admis ce système subjectif en matière de libéralités. Mais si, avec la presque unanimité de la doctrine, nous considérions que la cause d'une donation réside uniquement dans l'intention libérale du disposant, combien d'actes que l'équité réprouve serions-nous obligés de valider !

2° *Elle n'est pas nécessaire.* — Il y a donc un grand nombre de conventions illicites ou immorales qui restent en dehors de la portée d'application de la théorie de la cause. Mais, pour la plupart des actes qu'elle permet d'atteindre, cette théorie fait double emploi avec les dispositions légales sur l'objet et la matière des contrats.

Les contrats réels, comme le prêt, le gage, le dépôt, ne peuvent être annulés pour cause illicite que si leur objet est également contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

Dans les contrats synallagmatiques, ces deux notions se confondent également ; une obligation n'est annulable sur le terrain de la cause que si l'objet de l'autre obligation est prohibé par la loi ou l'ordre public. La contre-lettre, par laquelle un officier ministériel promet une somme en dehors du prix ostensible, est contraire à l'ordre public dans son objet, qui est de payer l'office un prix supérieur à celui autorisé par la Chancellerie. Il en est de même de la convention par laquelle un officier ministériel s'associe avec un tiers pour l'exploitation de l'étude et le partage des bénéfices.

On a dit toutefois qu'il est des cas où les objets des deux obligations sont licites et moraux et où le contrat peut néanmoins être annulé pour cause illicite. Dans ces hypothèses, l'article 1131 serait seul applicable et la théorie de la cause ne saurait être suppléée par la théorie de l'objet. Par exemple, un père promet une somme à la concubine de son fils qui s'engage à cesser les relations illicites qu'elle entretenait avec ce dernier : l'objet des deux obligations est licite et moral, mais la cause de la promesse du père est illicite, parce qu'elle consiste en l'engagement, de la part de la concubine, de ne pas

accomplir un acte immoral. Est-il bien vrai qu'on ne puisse atteindre cette convention sur le terrain de l'objet? La promesse d'accomplir un fait obligatoire ou de ne pas faire un acte illicite n'a pas d'objet, parce que le prétendu débiteur est déjà tenu en vertu de la morale ou de la loi ; sa promesse n'ajoute rien à ses obligations. Son obligation sera nulle, non pas parce que son objet est illicite, mais parce qu'elle n'a pas d'objet, et nous nous trouvons en présence d'une convention synallagmatique qui n'a pas pu se former, parce qu'elle ne donne naissance qu'à une seule obligation (1).

Tous les contrats intéressés étant écartés, l'article 1131 ne présente quelque utilité qu'en matière de libéralités, et encore à la condition d'abandonner sur ce point la théorie purement objective et de confondre cause et motifs.

Section II

La théorie de la cause et la raison

S'il est vrai que l'étude de la jurisprudence ait révélé l'insuffisance et l'inutilité pratique de la théorie de la cause, ne peut-on pas soutenir que la notion de la cause est nécessaire au point de vue rationnel ?

Il semble que cette notion soit indispensable, dans les conventions synallagmatiques, pour réunir par un lien logique les obligations de chaque contractant. Si, en effet, dans le contrat de vente, par exemple, l'obligation du vendeur a un objet illicite, on conçoit fort bien que cette

(1) Colmet de Santerre, t. V, N° 49 *bis*, II.

circonstance l'empêche de prendre naissance. Mais l'obligation de l'acquéreur, licite et morale par elle-même, devra-t-elle donc être maintenue ? Une réponse affirmative nous ramènerait au système hybride de l'ancienne «stipulatio» romaine qui maintenait une des faces du contrat tout en annulant l'autre. La théorie de la cause permet d'éviter cet inconvénient. Mais : 1° on peut relier par d'autres moyens les deux obligations entre elles ; 2° le moyen fourni par l'idée de cause n'est lui-même pas satisfaisant.

1° Pour relier entre elles les deux obligations d'un contrat bilatéral, on peut recourir aux théories du consentement, de l'objet, de la condition.

α. *Condition.* — Dans les conventions synallagmatiques, chaque partie ne consent à s'obliger que sous la condition tacite que son co-contractant sera engagé à son tour. L'article 1184 le suppose lorsqu'il déclare sous-entendue la condition résolutoire pour le cas où une des parties ne satisferait point à son engagement. Puisqu'une partie n'est définitivement liée qu'à la condition que l'autre partie exécutera sa promesse, elle ne l'est *à fortiori* qu'à la condition que l'autre contractant sera engagé à son tour.

Cela étant admis, si par suite de l'immoralité de son objet une obligation ne prend pas naissance, la condition sous laquelle l'autre partie s'était engagée ne se réalise pas et par suite son obligation est résoluble.

On objecte, il est vrai, que la condition doit être un événement futur et incertain et qu'ici la nullité de l'engagement immoral n'est pas un événement futur par rapport à la formation de la convention, puisqu'elle se produit en même temps que la convention se forme. Sans

doute, mais la condition ne consiste pas nécessairement dans un événement futur ; ce peut être, aux termes de l'article 1181, «un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties». Or on peut présumer que la nullité de l'obligation immorale était bien inconnue des parties ; si elles l'avaient connue, elles n'auraient pas pris la peine d'accomplir en contractant un acte inutile.

Tel est le premier moyen proposé pour relier entre elles les deux obligations. Toutefois, ce procédé présente ce grave inconvénient qu'il ne permet de prononcer qu'une nullité relative. La convention immorale ne sera pas inexistante aux yeux du législateur, mais simplement annulable : la nullité devra être demandée en justice ; elle pourra être couverte par la ratification expresse ou tacite, par la prescription de dix ans. Est-ce bien une sanction suffisamment sévère, étant donnée la gravité de l'atteinte portée aux lois ou aux bonnes mœurs ?

β. *Consentement.* — Dans toute convention synallagmatique, chaque partie ne consent à s'obliger que moyennant un équivalent, moyennant le fait ou la dation, la promesse du fait ou de la dation qui dans son esprit est la compensation de son propre engagement. Si une seule des parties se trouve obligée par suite de circonstances non prévues, l'acte accompli en réalité ne sera pas celui que les contractants avaient voulu. Il en résultera en effet un engagement sans compensation, une libéralité sans esprit de bienfaisance, un être informe qui ne pourra pas prendre naissance. Par exemple, si une personne promet à une autre une somme de 1000 fr. pour commettre un assassinat ou au contraire pour l'empêcher de se rendre coupable d'un délit, c'est qu'elle entend que son co-contractant soit tenu de par la convention même

à exécuter son engagement. Or, dans le premier cas, il n'y est pas tenu parce que l'objet de son obligation est immoral, et dans le second cas, il lui est bien interdit de ne pas accomplir le délit, mais c'est moins en vertu de sa promesse qu'en vertu des textes du Code pénal. Ainsi, dans les deux hypothèses, une partie se trouve engagée sans que, de par la convention même, il résulte un engagement corrélatif pour son co-contractant. Etait-ce bien là l'intention des parties ? Peut-on dire qu'elles ont consenti à un acte, en réalité purement gratuit, alors qu'elles n'ont agi que dans un but intéressé ? Il y a donc en réalité absence de consentement, et la convention tout entière peut être annulée par ce motif (1).

γ. *Objet.* — Une convention synallagmatique est de par son essence même une convention qui donne naissance à deux obligations ; son caractère essentiel consiste dans la dualité des engagements. Or, si l'une des obligations a un objet illicite et par conséquent inexistant au point de vue légal, elle ne peut pas se former; une obligation sans objet ne se concevant pas. On se trouve donc en présence d'une convention bilatérale qui ne donne naissance qu'à une seule obligation, acte imparfait que le législateur ne saurait sanctionner parce qu'il manque de l'un des éléments nécessaires à sa formation.

2° Mais la théorie de la cause n'est pas seulement inutile; elle n'est même pas satisfaisante au point de vue logique. Elle ne crée entre les deux obligations d'un contrat synallagmatique qu'un lien apparent, qui rationnel-

(1) Sic. Aubry et Rau, t. IV, 345, note 4. Larombière, t. I, art. 1126, N° 3. Demolombe, t. 24, N° 348.

lement n'a pas pu prendre naissance. « Deux personnes, »dit en ce sens M. Planiol (1), s'obligent l'une envers »l'autre, par exemple un acheteur et un vendeur. Faut-il »dire que l'obligation de l'une est la cause de l'obligation »de l'autre? Il y a à cela une impossibilité logique : »les deux obligations dérivant du même contrat naissent »en même temps ; il est donc impossible que chacune »d'elles soit la cause de l'autre, car un effet et sa cause »ne peuvent pas être exactement contemporains. Dans »l'opinion commune on crée un cercle vicieux; si chacune »des deux obligations est l'effet de l'existence de l'autre, »aucune d'elles ne peut prendre naissance. Ce phénomène »de production mutuelle est incompréhensible. Donc l'idée »est fausse». M. Huc (2), insistant sur le même défaut, compare ce cercle vicieux à celui de la poule et de l'œuf.

Section III

De la suppression de la théorie de la cause

L'expérience semble avoir démontré que l'innovation proposée par Domat et consacrée par le Code n'était pas heureuse. Dans les contrats intéressés, la théorie de la cause fait double emploi avec celle de l'objet. Dans les conventions bilatérales, elle ne crée qu'un lien apparent et peu logique entre les deux engagements. Elle ne présente quelque utilité pratique que dans les libéralités. Mais le reproche le plus important qu'on puisse lui

(1) Planiol. — *Manuel*, t. II, p. 322 et 323.
(2) Huc. —*Traité de Droit civil*, t. VII, N° 77.

adresser, c'est de ne pas réaliser le but pour lequel elle a été créée, de laisser en dehors de son domaine un grand nombre de conventions blessant l'ordre public et les bonnes mœurs. A ce point de vue, la distinction de la cause et des motifs est surtout critiquable en ce qu'elle apporte des limitations trop rigoureuses aux pouvoirs du juge. Préoccupé de ne pas laisser aux tribunaux des pouvoirs arbitraires, notre législateur est tombé dans l'excès contraire ; il a adopté un système trop étroit, trop formaliste. La jurisprudence, ne pouvant se résoudre à sanctionner des actes scandaleusement immoraux, a dû méconnaître la loi et annuler sur le fondement de la cause des conventions dont les motifs seuls sont illicites.

Le problème qui se pose en législation consiste donc à trouver un système qui, tout en donnant aux contractants des garanties suffisantes contre l'arbitraire du juge, permette d'annuler les conventions manifestement contraires à la loi ou aux bonnes mœurs.

Deux législations paraissent devoir solliciter à ce point de vue notre attention : la législation romaine et le nouveau Code civil allemand.

La théorie romaine de l'acte abstrait semble aboutir à un résultat opposé à celui que nous visons, puisqu'elle laisse le juge désarmé devant les contrats illicites ou immoraux dans leur cause, mais accomplis selon les formalités légales. Mais au système de l'acte abstrait correspondait la théorie de l'enrichissement sans cause, qui en corrigeait le formalisme rigoureux. Lorsque le débiteur d'une obligation illicite paraissait digne d'intérêt, le préteur lui accordait une exception, « exceptio doli », ou une action « condictio ob turpem vel injustam causam » pour repousser la demande du créancier ou poursuivre ce dernier en répétition. C'est ainsi que s'introduisit peu

à peu l'idée de cause dans les actes abstraits. Mais les jurisconsultes n'avaient pas la conception étroite que consacre le Code civil ; le terme «causa», employé dans le sens de cause finale, signifiait tantôt cause (stricto sensu), tantôt motif. Certains textes (1) annulent des actes immoraux seulement dans leurs motifs. Il est difficile de dégager, à ce point de vue, du Droit Romain une règle générale. Les jurisconsultes latins appliquaient à notre matière leur méthode préférée ; ils ne partaient pas d'un principe général pour en déduire toutes les conséquences logiques. Ils étudiaient les espèces particulières qui leur étaient soumises en fait, avec toutes les circonstances qui les entouraient et recherchaient pour chacune d'elles la solution la plus équitable. C'est donc au point de vue de l'équité qu'ils se plaçaient pour apprécier si la cause était ou non illicite.

Le nouveau Code civil allemand rejette nettement toute limitation aux pouvoirs du juge, tirée de la distinction de la cause et des motifs. L'article 138 prononce la nullité de l'acte contraire aux bonnes mœurs. Le juge peut donc apprécier l'acte dans son ensemble, dans la totalité de sa manifestation extérieure. Si la convention, dans l'une quelconque de ses parties, cause ou motifs, blesse à un tel point les bonnes mœurs que son maintien paraisse dangereux ou immoral, elle pourra être annulée. Les tribunaux ont sur ce point des pouvoirs arbitraires et souverains.

Il semble bien que la solution, timidement admise en Droit Romain, franchement adoptée par le nouveau Code

(1) Justinien, Inst. II. xx (De legatis), § 36. — Paul, 2, § 2. D. Quar. rer. act. non datur.

civil allemand, s'impose en Droit français comme l'aboutissant logique de l'expérience jurisprudentielle. La loi ne peut prévoir toutes les hypothèses particulières. C'est au juge d'apprécier si telle convention, entourée de tous ses éléments, des circonstances de fait qui lui donnent une physionomie spéciale, est ou n'est pas contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. Le législateur ne peut donc sur ce point qu'abdiquer ses pouvoirs entre les mains du juge. C'est ce qu'a fait le nouveau Code civil allemand ; c'est ce que devrait faire le législateur français si son attention était attirée un jour sur la théorie de la cause.

On prétendra peut-être que nous donnons aux tribunaux des pouvoirs arbitraires qui sont contraires à la tendance générale du Droit français plutôt restrictif qu'extensif des pouvoirs du juge. Nous répondrons que le système du Code est plus dangereux encore, puisqu'il oblige à valider des conventions manifestement illicites et immorales. Ce système a obligé la jurisprudence à tourner et même à violer la loi, en donnant à l'idée de cause une extension, une souplesse qu'elle n'avait pas. S'il est vrai que la jurisprudence soit le creuset dans lequel se forme le droit à venir, l'expérience a été claire et décisive : l'article 1131 a vécu et doit être remplacé par une disposition analogue à l'article 138 du Code allemand, qui déclare : «tout acte contraire aux bonnes mœurs est »nul».

D'ailleurs, ce changement dans la législation n'entraînerait pas nécessairement un changement dans la pratique. Les décisions des tribunaux français semblent plutôt s'inspirer du système allemand que de la théorie française de la cause. Cette réforme aurait simplement pour effet de donner la sanction de la loi à des solutions

dictées par l'équité, mais contraires aux textes et à leur esprit Elle aurait pour résultat, si l'expression ne paraît pas paradoxale, de mettre la loi d'accord avec la jurisprudence (1).

---

(1) La première critique sérieuse dont la théorie de la cause ait été l'objet date de 1826 et fut publiée par M. Ernst, professeur à l'Université de Liège, dans la *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, t. I, p. 250-264. L'opinion de M. Ernst tomba dans l'oubli jusqu'au jour où Laurent déclara : «que la loi a tort de distinguer la cause de l'objet et d'en faire «une quatrième condition essentielle pour la validité des conventions» (t. XVI, N° 3). L'ouvrage de Laurent a été le signal des attaques contre la théorie de la cause; on les trouve soit dans des thèses (Emile Arthur, Paris, 1878 ; J.-B. Brissaud, Bordeaux, 1879 ; Timbal, Toulouse, 1882; Séferiades, Paris, 1897, soit dans des monographies ou articles de Revue: Gauly, *Revue critique*, 1886, p. 44; Tarbouriech: *De la cause dans les libéralités*, soit même dans les récents ouvrages de pratique: Huc, t. VII, N° 77 ; Planiol, t. II, p. 323.

DEUXIÈME PARTIE

Des conséquences de la nullité

IDÉE GÉNÉRALE

La question de la nullité des conventions illicites est double ; le caractère illicite d'un acte étant reconnu, la nullité étant prononcée, il faut rechercher quelles seront les conséquences de cette nullité.

Or, à ce point de vue, les tribunaux peuvent se trouver en face de situations tout à fait différentes : il s'agira d'appliquer la sanction légale ou bien au créancier qui demande l'exécution du contrat immoral, ou bien au débiteur qui demande sa libération, ou bien à ce même débiteur qui, après avoir payé la dette illicite, exerce l'action en répétition.

Dans les deux premiers cas, le problème ne soulève pas de difficulté grave. Les parties ont seulement contracté des engagements soit verbaux, soit écrits ; ces engagements n'ont pas encore été exécutés. Le contrat étant nul, aucune des promesses n'est obligatoire : le créancier ne peut réclamer en justice le paiement de sa créance ; le débiteur peut faire constater par les tribunaux l'inexistence de sa dette.

Mais, dans le troisième cas, un fait matériel a été accompli : le débiteur a exécuté son obligation. Le juge

se trouve en présence d'une personne qui, après avoir conclu et exécuté la convention, se repent, probablement parce que l'opération lui a été préjudiciable, et se prévaut de l'illicité ou de l'immoralité qui entache l'acte pour réclamer la restitution des sommes qu'elle a payées. On ne lui demande plus de constater le maintien d'une situation de fait qu'une convention illicite n'a pas pu changer. On lui demande, au contraire, de modifier l'état de fait créé par l'exécution du contrat, d'obliger une partie à restituer une somme qu'elle a peut-être dépensée.

Le problème devient plus délicat ; sa solution en Droit français a donné lieu, entre la jurisprudence et un parti important de la doctrine, à une vive discussion qui, si elle tend à s'apaiser, est loin d'être encore éteinte.

La jurisprudence a longtemps prétendu appliquer en Droit français l'ancienne distinction romaine entre les trois cas de fraude du créancier seul, du seul débiteur ou des deux parties à la fois. Le Digeste et le Code donnaient une solution différente suivant les cas : 1° s'il y avait turpitude «ab utraque parte», par exemple si un juge recevait de l'argent pour rendre une mauvaise sentence, si un voleur, un adultère promettait une somme pour acheter le silence de celui qui les avait surpris, on appliquait la règle «in pari causa melior est causa possidentis» et l'on refusait la condictio (1) ; 2° s'il y avait turpitude «dantis tantum», l'action en répétition était encore refusée, et avec plus de raison encore, puisque le tradens était seul coupable (2) ; 3° enfin s'il y avait tur-

(1) Lois 3 et 4, pr. et § 1. D. XII, 5.— Loi 9. D. XLIV, 4.
(2) Loi 4, § 3. D. XII, 5.

pitude «accipientis tantum», la «condictio ob turpem vel injustam causam» était accordée (1). L'exemple classique était celui d'une somme promise pour détourner le créancier de commettre un homicide, un sacrilège, un crime quelconque ; dans ce cas, la conduite du promettant n'a rien de répréhensible, tandis que le créancier qui se fait payer pour respecter les bonnes mœurs les offense par cela même. En résumé, la répétition en Droit Romain n'était accordée qu'au débiteur qui n'avait pas été complice de la fraude dont l'acte était entaché. Le débiteur «turpis» était écarté en vertu des adages fameux: «nemo auditur propriam turpitudinem allegans». — «In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis».

Pendant trois quarts de siècle, les tribunaux, s'inspirant des principes romains, ont refusé l'action en répétition du débiteur turpis. Mais la doctrine, d'abord favorable à la jurisprudence, s'est bientôt rangée en grande majorité à l'opinion contraire, admettant la répétition dans tous les cas, sans exception. La jurisprudence elle-même n'est pas restée sourde aux arguments développés par les auteurs. Depuis un quart de siècle, la vogue de la maxime romaine semble décliner ; la Cour de Cassation, dans certaines hypothèses particulières, a fait retour au principe de la répétition et les motifs qu'elle donne ont une portée générale. Néanmoins, dans d'autres hypothèses, les décisions jurisprudentielles consacrent encore la sanction traditionnelle.

La discussion à laquelle nous allons nous livrer n'a donc pas un intérêt purement rétrospectif. Selon que

(1) Loi 3 pr. et § 1. Loi 4, § 2, XII, 5.

nous adopterons l'une ou l'autre solution, nous serons conduit à condamner ou à justifier certaines décisions pratiques.

Quels sont donc les arguments invoqués dans les deux camps opposés, en faveur ou contre la répétition au cas de turpitude du débiteur ?

CHAPITRE PREMIER

CODE CIVIL

1er Système. — *La répétition doit être accordée dans tous les cas sans exception.* — Les partisans de ce système se fondent sur des arguments de texte et d'intérêt social.

Textes. — L'article 1108 déclare que la cause, comme le consentement et l'objet, est un élément essentiel à la formation des conventions. L'article 1131 déduit du principe ainsi posé cette conséquence que la convention qui n'a pas de cause, ou dont la cause est illicite, «ne peut produire aucun effet». Il prononce la nullité de la convention dont la cause est illicite.

Mais le Code ne présente pas en matière de nullités un système unique : il établit une hiérarchie basée sur le degré de gravité du vice dont l'acte est entaché. Certaines conventions sont viciées dans leur essence même; une des conditions nécessaires à leur formation faisant défaut, ces contrats ne prennent pas naissance : ce sont les actes inexistants. D'autres présentent tous les éléments constitutifs d'une convention, mais la loi en prononce la nullité pour des motifs d'intérêt général : ce sont les actes nuls de nullité radicale. D'autres contrats enfin sont nés vivants et viables ; ils ne portent aucune atteinte à l'intérêt public, mais ils lèsent certains intérêts particuliers que le législateur entend protéger d'une façon spéciale ; ce sont les actes nuls de nullité relative.

La distinction entre les deux premiers cas a une base plutôt rationnelle que pratique ; les conséquences des deux nullités sont les mêmes. Mais entre les deux premiers et le troisième, les différences sont plus marquées. Une des plus importantes est la suivante : la convention inexistante ou radicalement nulle n'est susceptible d'aucune ratification ni expresse, ni tacite : spécialement, le paiement volontairement effectué ne peut être considéré comme une ratification tacite et peut par conséquent être répété. Si, au contraire, la convention est simplement annulable ou résoluble, c'est la règle opposée qui l'emporte.

Ces principes posés, il n'est pas douteux que le Code civil considère l'illicité de la cause comme entraînant l'inexistence du contrat. L'article 1108 énumère la cause parmi les éléments constitutifs de la convention ; l'article 1131 déclare que le contrat dont la cause est illicite ne peut produire aucun effet ; or, l'acte annulable peut produire certains effets indirects, par exemple rendre la ratification possible, le paiement inattaquable.

A cet argument déjà très probant, s'ajoute celui tiré des articles 1235, 1376 et 1377 relatifs au paiement de l'indu. L'article 1235 donne l'action en répétition au débiteur qui a payé une dette qui n'existait pas, sans distinguer selon que ce débiteur est ou non digne d'intérêt. Or, le débiteur qui a exécuté une obligation illicite, et par conséquent juridiquement inexistante, a payé ce qu'il ne devait ; il a payé l'indu. Il rentre donc strictement dans les conditions d'application de cet article, qui se trouve ainsi abroger indirectement la règle romaine.

Cette abrogation est, d'ailleurs, une conséquence nécessaire de la théorie française de la cause. Le Droit Romain

admettait que la convention dont la cause est illicite restait valable et obligatoire ; le Droit français n'en reconnaît même pas l'existence. A des principes opposés doivent correspondre des effets contraires. Le débiteur romain restant tenu en droit strict n'avait payé, en exécutant son obligation, que ce qu'il devait. Le préteur ne devait venir à son secours en lui accordant la répétition que s'il était digne de cette faveur ; d'où le refus d'action au cas de turpitude du débiteur. Le débiteur français, au contraire, en se libérant d'une obligation qui n'existait pas, a payé l'indu. L'action en répétition est pour lui non une faveur, mais un droit, une conséquence logique de la nullité de son engagement ; pour lui enlever ce droit, il faudrait un texte ; or ce texte n'existe pas. C'est ainsi que le jeu des principes conduit à des solutions différentes dans les deux législations romaine et française.

Intérêt social. — A ces considérations d'ordre purement juridique s'en ajoutent d'autres, non moins fortes, tirées de l'intérêt social. Donner la répétition au débiteur, même indigne, est encore le procédé le plus propre à détourner les parties des conventions immorales. C'est, en effet, celui qui donne le moins de sécurité aux contractants, en les mettant à la discrétion l'un de l'autre. Dans le système qui exclut la répétition, les parties ont un moyen bien simple de rendre le contrat inattaquable ; c'est de ne faire que des opérations au comptant. Dès que le créancier aura reçu le paiement de l'acte immoral qu'il accomplit, il sera certain de pouvoir le conserver toujours sans difficulté. Au contraire, dans le système opposé, le créancier au comptant ou à terme ne sera jamais assuré de conserver la rémunération du service immoral qu'il a rendu ou promis. L'action en répé-

tition, toujours suspendue sur sa tête, sera une menace constante, et ce n'est qu'après l'expiration du délai légal de la prescription — 30 ans — qu'il pourra jouir en paix du fruit de sa honte et de sa turpitude. Cette longue insécurité, cette crainte continuelle de perdre l'avantage acquis, la défiance et la suspicion qu'une telle situation jette entre les contractants, sont autant de motifs propres à détourner les parties de conventions qui ne donnent qu'un bénéfice aussi aléatoire et incertain.

Telle est l'argumentation très simple et très forte de la doctrine. Quels sont les arguments qu'on lui oppose dans le parti contraire ?

2e Système.— *Répétition impossible au cas de turpitude du débiteur.* — On peut dégager deux phases successives dans l'argumentation des partisans de ce système. Dans la première, la tradition l'emporte encore sur un Code trop jeune ; elle suffit, à elle seule, à légitimer l'application de la règle « nemo auditur ». Dans la seconde, on essaie d'ajouter à la tradition des arguments tirés des textes, de l'intérêt social et de l'équité.

1re phase. — Le Droit Romain, avant la Révolution, devait être appliqué au cas de silence ou d'obscurité de la coutume; comme raison écrite, il servait même à l'interprétation des textes. Aussi tous nos anciens auteurs ont-ils largement puisé dans la législation romaine. Après la rédaction du Code civil, l'autorité du Droit Romain fut encore très grande et l'emporta sur un Code mal connu. Pour justifier leur solution dans la question qui nous préoccupe, Merlin (1) cite les lois du Digeste,

(1) Merlin. — Questions de Droit. V° Cause des obligations, § 1, II.

Duranton (1) invoque Ulpien. D'autres ne citent pas même des auteurs précis et se contentent de traduire, de commenter ou de paraphraser la règle « nemo auditur ». Tels sont : Delvincourt, Toullier, Troplong (2).

La tradition a dans notre matière, il faut le reconnaître, une importance considérable. Ce sont les ouvrages de Domat et de Pothier qui ont permis d'interpréter les textes obscurs et d'élaborer la théorie de la cause. Si l'on fait appel à l'ancien droit pour apprécier quand un acte sera vicié dans sa cause, ne doit-on pas également recourir à lui pour déterminer les effets de la nullité du contrat illicite ? L'article 1131 soulève deux graves questions: pourquoi, quand il s'agit de les résoudre, admettre la tradition dans la première et la rejeter dans la deuxième ? Cet argument a une apparence logique et raisonnable, mais il est facilement réfutable. La tradition peut servir à éclairer ou à préciser la pensée du législateur; elle ne saurait prévaloir contre un texte certain. Or, l'article 1131 est formel sur les conséquences de la nullité : en déclarant que le contrat dont la cause est illicite ne peut produire aucun effet, il abroge expressément l'ancienne distinction romaine. Au contraire, il parle de la cause sans expliquer ce qu'il entend par ce terme ; force est bien de recourir à d'autres moyens pour interpréter sa pensée.

2e phase. — C'est seulement vers 1840 que la controverse devint sérieuse ; le camp opposé grossissant toujours, les partisans du système romain durent chercher

---

(1) Duranton. — Cours de Droit francais, t. X, p. 374.

(2) Delvincourt. — Cours de Code civil, t. II, p. 687.
Toullier. — Droit civil français, t. VI, N° 126 et t. XI, N° 62.
Troplong. — De l'échange et du louage, t. III, N° 818.

des armes moins surannées. C'est alors qu'on fit appel à l'intérêt social, à l'équité et qu'on essaya de réfuter les arguments de texte.

Textes. — Les partisans de la règle romaine ne prétendent pas trouver dans le Code un texte qui consacre leur système; ils s'attachent seulement à démontrer que les articles 1131 et 1235 n'ont pas la portée que leurs adversaires veulent leur donner.

Le refus de l'action en répétition n'aboutit pas à faire produire un effet à la convention illicite, contrairement à l'article 1131, prétendent MM. Aubry et Rau: «Si le »défendeur conserve en fait ce qui lui a été payé en exé»cution de la convention contraire à la loi ou à l'ordre »public, il ne le retient pas en vertu de cette convention, »mais bien à raison de l'indignité du demandeur en »répétition qui n'est pas recevable à alléguer sa propre »turpitude» (1).

Quel est donc le texte ou le principe juridique en conformité avec notre droit public qui permet de rejeter du prétoire une personne, uniquement parce qu'on la juge indigne? En réalité, si le débiteur a payé, c'est parce qu'il se croyait obligé; maintenir son paiement, c'est maintenir l'effet de l'exécution du contrat immoral, les conséquences de l'acte dont on prononce la nullité.

Pour réfuter le second argument tiré de l'article 1235, chaque auteur présente un système différent.

1° D'après M. Bozérian (2), le débiteur d'une obliga-

---

(1) Aubry et Rau. — Droit civil français, t. IV, p. 739, notes 8 à 16.

(2) Bozérian, — *Revue pratiq. de Dr. fr.*, 1858, t. IV, p. 15.

tion immorale qui a payé ne peut répéter, parce qu'il est tenu naturellement. Mais l'obligation naturelle n'est qu'une obligation civile degenerée, une obligation existante à laquelle la loi se borne à refuser l'action. Or nous sommes en présence d'une convention qui n'a jamais eu même un instant de raison d'existence.

2° MM. Pont (1) et Aubry et Rau prétendent que l'article 1235 n'est applicable qu'au paiement de l'indu, à la «condictio indebiti», et non à la convention illicite, à la «condictio ob turpem vel injustam causam». Le Droit Romain et Pothier faisaient cette distinction ; le Code civil la fait aussi, puisqu'il traite de ces deux matières en des endroits différents. Chaque nullité doit donc être réglée par ses principes propres. Sans doute, à Rome, les deux cas étaient différents, mais en Droit français, les principes ont changé : à la différence du débiteur qui avait promis par «stipulatio», le débiteur français d'une obligation illicite a contracté un engagement radicalement nul; en payant il a exécuté une convention qui n'existait pas ; il a donc bien payé l'indu.

3° M. Larombière (2) soutient que l'article 1235 est hors de cause, parce qu'il n'accorde la répétition qu'au débiteur qui a payé par erreur ; or, le débiteur a sans doute exécuté la convention parce qu'il croyait être tenu, mais il a commis en cela une erreur de droit, qui n'est pas suffisante. L'argument paraît spécieux. Mais est-il bien vrai que la répétition de l'indu ne soit possible qu'au cas d'erreur? Il en était ainsi en Droit Romain, mais on conçoit que cette législation — de même qu'elle refusait

(1) Paul Pont. — Petits contrats, t. I, N° 663 et 664.

(2) Larombière. — *Traité des oblig.* Sur article 1133, N°s 10 et 11.

la répétition au cas d'immoralité du débiteur — n'accordât la répétition de l'indu qu'au cas d'erreur excusable. Il s'agissait toujours d'une faveur, la tradition qui avait réalisé le paiement étant valable indépendamment de sa cause, qu'on refusait au débiteur négligent comme au débiteur « turpis ». En Droit français, le débiteur qui a exécuté une convention immorale a payé ce qu'il ne devait pas; l'erreur n'est plus nécessaire pour qu'il ait la répétition. Il est vrai que l'article 1377 l'exige dans un cas spécial, mais c'est là une exception qu'il ne faut pas étendre.

D'ailleurs, la condition de l'erreur serait-elle nécessaire, qu'il serait bien difficile de nier qu'elle ne fût remplie dans notre hypothèse. L'erreur exigée pour la répétition de l'indu n'était autre chose que la fausse croyance à l'existence d'une dette qui n'existait pas en réalité. Notre hypothèse ne rentre-t-elle pas exactement dans le cadre de cette définition?

Intérêt social. — On ajoute que ce serait un spectacle scandaleux que celui de plaideurs venant étaler leur turpitude, avouer leur honte, au grand jour des débats, pour en tirer profit. Mais dans les procès criminels aussi, toutes les plaies de la société, tous les vices de l'individu sont révélés, et nul ne prétend que la dignité du prétoire en soit diminuée. Refuser d'écouter un plaideur sous prétexte d'indignité, ce serait créer une incapacité sans texte qui l'autorise.

Enfin, les partisans de ce système prétendent que leur solution est de nature à diminuer le nombre des conventions immorales. Livrer les deux parties, disent-ils, à la discrétion l'une de l'autre en ne donnant pas plus de droit au créancier qui n'est pas encore payé qu'au débi-

teur qui a déjà exécuté son obligation, n'est-ce pas jeter la suspicion entre les contractants et par là les écarter d'une opération qui ne présente pour eux aucune sécurité? Dans l'opinion contraire, il résulte quelque sécurité pour celui qui prétend exercer la répétition. — M. Meynial, dans une magistrale comparaison de la valeur sociale des deux systèmes, a réfuté cet argument et démontré la supériorité de la théorie actuellement triomphante: «Ce défaut de sécurité, qui dure même après »l'exécution, est certainement bien plus propre à entraver »le développement des conventions illicites que la demi-»validité que leur reconnaît la maxime romaine » (1).

Équité. — L'argument tiré de l'équité est peut-être celui sur lequel les tribunaux ont le plus insisté pour justifier l'application de l'adage romain. Les arrêts de principe rendus en la matière insistent sur « l'impossibilité, »fondée sur un principe universel de justice et de morale, »de recevoir en justice une action dans laquelle le deman-»deur excipe de sa culpabilité, se fonde sur son propre »délit et offre de le justifier » (2).

Le bénéfice que le débiteur tire de sa propre turpitude est, dit-on, très choquant en équité. Celui qui aura payé n'exercera l'action en répétition que lorsque le contrat lui aura été désavantageux. Après avoir tenté de s'enrichir par une opération dont il n'ignorait pas le caractère immoral, il s'aperçoit qu'il va manquer son but et alors, se retournant contre le créancier, il lui dit : L'espoir du

(1) Note MEYNIAL, sous Caen, 18 janvier 1888. S. 90, 2, 97.

(2) Limoges, 16 avril 1845. S. 46, 2, 465 et Cass. civ., 25 janvier 1887. S. 87, 1, 224.

gain me poussant à sacrifier le devoir à l'intérêt, j'ai fait avec vous un pacte odieux que la loi réprouve ; je me suis trompé sur les avantages pécuniaires de ce marché et, afin d'obtenir son anéantissement, j'invoque aujourd'hui cette loi dont hier je faisais fi. Si l'on admet un pareil langage, le débiteur d'une obligation illicite sera plus avantagé que la personne qui contracte une obligation valable et morale. Cette dernière, si elle a fait une opération qui lui est désavantageuse, ne pourra pas revenir sur les effets de son contrat, tandis que le premier — en invoquant sa propre turpitude, qui est la cause de la nullité — pourra rentrer en possession de la somme qu'il a versée. N'est-ce pas là, comme l'a déclaré M. Bozérian (*Rev. prat. de Dr. fr.* ; art. cit.), « un résultat monstrueux ? ».

Il est indéniable que le cynisme d'un débiteur qui se fait un titre de sa propre turpitude est particulièrement choquant ; l'équité commanderait d'écarter sa prétention odieuse.

Mais ne peut-on pas retourner l'argument contre les partisans de la règle romaine ? S'il est vrai que nous donnons au débiteur « turpis » une situation avantageuse qui blesse l'équité, il est certain que nos adversaires font une faveur aussi choquante au créancier également coupable de fraude. Ce créancier conservera en définitive le bénéfice en vue duquel il a commis l'acte illicite. Entre deux contractants, tous deux complices de la fraude commune, la sanction devrait être la même.

Or, en fait, le débiteur qui répète a accompli une opération désavantageuse ; l'écarter du prétoire, c'est l'appauvrir au bénéfice du créancier. Bien plus, si ce débiteur a eu l'imprudence de payer avant que l'autre contractant ait exécuté son propre engagement, toute action en

vue d'obliger ce dernier à s'exécuter lui sera refusée. Une des parties aura donc tenu son engagement et l'autre sera déliée du sien; la première éprouvera une perte sèche, la seconde jouira d'un bénéfice qui ne lui aura rien coûté. Est-il bien équitable, comme le fait remarquer M. Duvergier, de répondre au débiteur qui répète : « Vous avez »concouru à une stipulation illicite; il faut que vous en »soyez puni par la perte de votre chose; en conséquence, »celui qui a contracté envers vous, qui s'est rendu cou»pable du même acte, s'enrichira à vos dépens ».

S'il est donc vrai que notre système blesse l'équité, l'opinion contraire ne la blesse pas moins. Considéré à ce point de vue spécial de l'équité, aucun des deux systèmes n'est absolument satisfaisant. C'est sur un autre terrain qu'il faut chercher une raison d'opter entre les opinions. Or, les textes et l'intérêt social sont des raisons suffisantes d'admettre la répétition dans tous les cas sans exception.

CHAPITRE II

La jurisprudence

Considérée théoriquement, abstraction faite de toute préoccupation d'équité, la solution du problème que nous avions posé n'est pas douteuse : les textes et l'intérêt social commandent l'admission de la répétition, même au cas de turpitude du débiteur.

Ce ne sont pas des considérations purement juridiques qui l'ont emporté devant les tribunaux. L'étude spéciale de chacun des cas particuliers qui se sont présentés nous révèlera une tendance très nette de la jurisprudence à résoudre chaque question, isolément, d'après les circonstances de fait et la simple équité. Mais précisément cette tendance, qui avait d'abord conduit les tribunaux à l'application de la règle romaine, peu à peu, après de nombreux tâtonnements, les a ramenés à la sanction légale dans un nombre de cas de plus en plus grand. L'expérience pratique les a conduits vers la solution que la logique juridique eût d'abord exigé.

Toutefois certaines décisions consacrent encore la sanction traditionnelle. Après avoir paru rejeter définitivement ses anciens errements, la Cour de Cassation n'a pas modifié, dans certains cas, sa jurisprudence, aboutissant ainsi à une véritable anarchie du moins apparente. Pourtant la règle «nemo auditur» avait été repoussée en 1887 en vertu d'arguments d'ordre général, qui devaient entraîner une solution uniforme dans tous les cas où la question de la répétition se posait. Pour faire

ainsi échec à ses propres principes, la Cour suprême n'obéissait-elle pas à des considérations très graves d'équité ? L'étude spéciale de chaque hypothèse particulière ne montre-t-elle pas la nécessité d'une nouvelle distinction entre les différents cas de fraude du débiteur ?

En raisonnant abstraitement, l'équité et l'intérêt social nous ont paru favorables à la sanction légale. Mais l'étude des faits ne nous révèlera-t-elle pas des inconvénients à cette opinion ? Une solution peut paraître excellente au juriste, que l'expérience montrera bientôt être très mauvaise. Après avoir essayé de raisonner en juriste, efforçons-nous de raisonner en praticien, pour connaître la question à tous les points de vue.

Cette étude nouvelle ne saurait avoir qu'une portée purement législative. En droit, la question n'est pas douteuse ; la jurisprudence est condamnable en tant qu'elle refuse encore la répétition. Mais en législation, une nouvelle distinction ne s'impose-t-elle pas ? Ne faut-il pas tantôt admettre, tantôt rejeter la règle romaine ?

Section I

Des cas dans lesquels la répétition est admise en jurisprudence.

I. — Contre-lettre contenant promesse de payer d'un office ministériel un prix supplémentaire

La règle « nemo auditur » n'a fait qu'une brève apparition en cette matière. Lorsque le caractère illicite de ces traités secrets fut — après quelque hésitation — reconnu par la jurisprudence, celle-ci, craignant sans doute de se montrer trop rigoureuse envers des conventions dont

elle ne comprenait pas encore le danger, ne voulut pas pousser le principe de la nullité posé par elle jusqu'à ses dernières conséquences logiques. Si elle refusait toute action tendant à l'exécution lorsque la somme promise n'avait pas encore été payée, elle n'accordait pas davantage l'action en répétition lorsque le montant de la contre-lettre avait été versé. C'était, sur ce second point, donner effet à un contrat dont on venait de prononcer la nullité absolue. Pour éviter ce reproche d'inconséquence, les tribunaux recoururent à deux moyens : certaines décisions déclarent que la nullité de la contre-lettre laisse subsister une obligation naturelle qui, aux termes de l'article 1235 C. c., fait obstacle à la répétition du paiement volontairement exécuté (1). D'autres firent appel à la règle romaine, qui à cette époque régnait en maîtresse, et rejetèrent le demandeur comme indigne, comme ayant participé à l'illicité dont l'acte était entaché (2). Mais aucun de ces deux moyens n'était heureux. N'était-il pas étrange d'admettre que le même législateur annulât un acte comme dangereux et, d'un autre côté, le sanctionnât dans certains de ses effets? Etait-il possible de considérer qu'un contrat inexistant pût donner naissance à une obligation naturelle? Le néant a-t-il jamais engendré autre chose que le néant? Et, d'un autre côté, la règle « nemo auditur » n'était guère applicable en l'espèce : la turpitude de l'accipiens était plus grave que celle du tradens, le premier étant fonctionnaire, tenu en cette qualité à des devoirs

(1) Paris, 31 janv. 1840. S. 40, 2, 81. — Cass., 7 juillet 1841. S. 41, 1, 572 et 693. — Rouen, 15 février 1842. S. 42. 2, 201.

(2) Orléans, 8 février 1844. Pand. fr., 44, 1, 452 et la note.

plus étroits, le second impatient d'entrer dans une carrière que lui ouvrira la démission du titulaire, pouvant facilement subir la pression de son co-contractant et céder à ses exigences.

C'est pourquoi ces deux procédés à peine adoptés furent rejetés et la répétition du prix secret admise sans plus de difficultés. Toutefois, les motifs des arrêts rendus par la Cour de Cassation, dans ce dernier sens, sont intéressants à noter ; ils se retrouvent identiquement les mêmes dans plusieurs arrêts (1). «Attendu, y est-il dit, que »la règle de droit «in turpi et pari causa possessor potior »haberi debet» ne peut s'appliquer à la cause, parce que, »dans l'hypothèse du Droit Romain, peu importe à la *so-*»*ciété* à qui des deux complices également en faute doit »appartenir la somme objet du paiement consommé, tan»dis que dans la cause actuelle, où il s'agit du prix d'un »office public, il en est autrement par le double motif : »1° que la faute n'est pas égale entre le postulant et le »titulaire... 2° que c'est précisément le paiement de cette »partie du prix cachée et exagérée qui expose le postu»lant, devenu titulaire, au danger de manquer à ses »engagements, le public à de graves dommages et qui »blesse par conséquent plus particulièrement l'ordre pu»blic».

Ces attendus permettent de faire une double constatation :

1° Loin de porter une première atteinte à la règle romaine, la jurisprudence se défend même de la violer ;

---

(1) Cass. Req. 1er août 1844. S. 44. 1. 584. — Cass. civ. 31 juillet 1844. S. 44. 1. 582. — Depuis, la jurisprudence n'a plus varié. Voir : Cass. 18 décembre 1878. S. 80. 1. 61.

elle la déclare applicable à une situation juridique toute différente, et, par les soins qu'elle prend pour l'éviter sans la violer, lui reconnaît implicitement force de loi dans les matières qui appartiennent à son domaine propre. Ce n'est pas encore dans notre hypothèse qu'il faut chercher la première brèche portée à la distinction romaine.

2° Ce n'est donc pas une préoccupation d'ordre juridique, le désir d'appliquer les conséquences logiques du principe posé par l'article 1131 qui a décidé la jurisprudence. Les tribunaux ont été surtout frappés par ce fait, qu'en l'espèce, la convention elle-même est moins dangereuse que son exécution. C'est le paiement qui exposera plus tard le nouveau titulaire à manquer à ses engagements. C'est donc lui qu'il faut détruire; c'est lui dont on doit prévenir les effets désastreux et pour l'officier ministériel et pour la société, en déclarant qu'il peut être répété. La jurisprudence ne fait appel ni à un argument juridique tiré de l'interprétation des textes, ni à un argument d'équité tiré de la turpitude commune aux deux parties; c'est l'intérêt social qui l'amène à poser les premières bases d'une nouvelle distinction qui s'affirmera plus tard entre les cas où la règle romaine peut être appliquée et ceux dans lesquels elle doit être rejetée.

II. — Donations à fils illégitime avec indication d'un motif illicite

En l'espèce, la question de la répétition des sommes versées par le donateur a été rarement posée en pratique. Le débat était en général circonscrit entre le gratifié, muni d'un testament, et les héritiers légitimes

du disposant qui se refusaient à exécuter le legs. Deux arrêts (1) cependant ont statué dans l'hypothèse où le donateur avait réalisé sa libéralité et où les héritiers en poursuivaient la nullité pour obtenir la répétition. Dans les deux cas, les héritiers agissaient, non pas en leur nom propre comme réservataires, mais au nom de leur auteur, le *de cujus*, en exerçant l'action en nullité qui lui appartenait et qu'ils trouvaient dans son patrimoine. Il semble qu'ils devaient supporter les mêmes déchéances que leur auteur et que si ce dernier, ayant participé à la turpitude commune, était de ce chef privé d'action, les héritiers devaient l'être également. Cependant, dans les deux arrêts précités, on ne fait même pas mention de la règle «nemo auditur». Il est certain que l'application de cette règle aurait fait supporter aux héritiers légitimes les conséquences d'une faute qu'ils n'avaient pas personnellement commise. Le résultat eût paru peu équitable, et ces décisions, rendues au moment où la maxime romaine était en pleine vogue, montrent bien que la préoccupation de la jurisprudence en la matière a toujours été de statuer en équité d'après les circonstances du fait.

III. — Négociation par des coulissiers de valeurs cotées à la Bourse (2)

Dans cette nouvelle série de décisions, la tendance contraire à la règle romaine s'accentue davantage encore.

---

(1) Lyon, 13 mars 1847. D. 47, 2, 75. — Cass. Civ. 22 janvier 1867. D. 67, 1, 5.

(2) Note Labbé, sous Cass Req. 28 fév. 1881. S. 81, 1, 289.— De Lapradelle et Lévy Ullmann, dans les *Annales du Droit commercial*, 1896, p. 117 et suiv.

Les arrêts rendus en 1885 peuvent être considérés comme les avant-coureurs de ceux qui vont être prononcés quelques mois plus tard dans une autre matière et qui paraîtront rompre définitivement avec les anciens errements.

La fortune mobilière ayant pris une extension considérable, le législateur a cru devoir réserver à certaines personnes, les agents de change, sur lesquelles il exerce un contrôle réel, la négociation des valeurs mobilières. Les agents de change sont les intermédiaires obligatoires pour toutes les négociations, soit de titres nominatifs, soit de titres au porteur, lorsque les particuliers ne peuvent les négocier entre eux (art. 76 C. Com.).

Cependant, à côté de ces intermédiaires officiels, en existent d'autres qui ont avec eux de fréquents rapports et, en fait, se chargent souvent de la négociation de valeurs cotées à la Bourse ou susceptibles de l'être, alors qu'en droit, ces échanges devraient être effectués uniquement par des agents de change. Quel doit être le sort des opérations ainsi effectuées ?

Les principes de la cause illicite, combinés avec l'adage romain, eussent conduit, dans l'espèce, aux conséquences les plus équitables. La Cour de Cassation n'a pas cru toutefois pouvoir faire appel à la règle «nemo auditur», et pour atteindre le même résultat auquel elle aurait conduit, a préféré recourir à des principes tout différents. Cette solution montre bien la défaveur dans laquelle est tombée la règle romaine auprès de la jurisprudence contemporaine. Toutefois, cette règle, quoique repoussée en apparence, est encore rappelée sous une forme détournée, ce qui prouve qu'en 1885, à l'époque où les arrêts importants ont été rendus, la Cour de Cassation n'était pas encore définitivement fixée.

Le problème, en effet, n'est pas aussi simple qu'il

peut paraître au premier abord. La question de la validité des négociations effectuées par des coulissiers peut se poser dans deux situations de fait tout à fait différentes. Il paraît équitable d'accorder l'action en nullité lorsqu'elle est intentée avant toute négociation opérée, ou même, l'opération étant faite, avant tout règlement définitif, par exemple, avant le paiement des valeurs achetées. Dans cette hypothèse, le client s'est repenti à temps ; l'opération n'est pas encore terminée ; les tiers ne subiront aucun préjudice appréciable ; il convient avant tout de protéger le demandeur contre les agissements, peut-être indélicats ou malhonnêtes, d'un intermédiaire sans qualité. Mais il en est autrement lorsque la réclamation ne se produit que tardivement, après que les négociations et toutes les opérations qu'elle entraîne sont définitivement closes. En acceptant la négociation, lors du règlement, le mandant n'a-t-il pas implicitement avoué que le mandat avait été honnêtement exécuté, et, s'il réclame plus tard, n'est-ce pas pour faire supporter à un tiers les conséquences d'une spéculation que les circonstances ont démontré être malheureuse, plutôt que pour protester contre les agissements illégaux du coulissier ? D'ailleurs, à un point de vue plus général, il est évident que la perspective de la nullité possible des opérations de Bourse pendant 30 ans serait une entrave sérieuse au marché des valeurs mobilières et, comme le font remarquer MM. de Lapradelle et Lévy Ullmann (p. 120), risquerait «d'ébranler le marché public».

La jurisprudence, pour aboutir à deux solutions différentes dans ces deux hypothèses qui semblent se rattacher aux mêmes principes, a fait appel à plusieurs décisions remontant à notre ancien droit.

Ces textes ont permis d'atteindre le but visé.

Dans le premier cas, celui du mandant qui demande la nullité avant tout règlement de compte, la Cour de Cassation, le 28 février 1881 (S. 1881, 1, 289), prononça la nullité de l'acte, obligea le coulissier à restituer toutes les sommes versées; «attendu que la sanction de l'ar»ticle 76 du Code de commerce se trouve dans les dispo»sitions non abrogées des lois antérieures, notamment des »articles 13 de l'arrêt du Conseil du 26 novembre 1781, »8 de la loi du 28 ventôse an IX, 4 et 7 de l'arrêté du »27 prairial an X. Attendu que ces articles non seulement »punissent de peines correctionnelles l'immixtion dans »les fonctions d'agent de change, mais déclarent nulles »toutes les négociations faites par des intermédiaires »sans qualité».

La répétition était même accordée à cette époque, comme conséquence de la nullité absolue, lorsqu'elle était réclamée après le règlement de comptes (1), mais cette solution soulevait les réclamations unanimes de la pratique ; il fallait la modifier. C'est alors que la Cour de Cassation aurait pu faire appel à la règle «nemo auditur», qui eût entraîné la conséquence désirée, mais qu'elle préféra recourir à un autre argument.

Deux arrêts (2) rendus en 1885, et statuant dans l'hypothèse où le réglement de compte avait déjà eu lieu, écartèrent le demandeur en répétition, se basant sur ce motif que l'article 18 de l'arrêt du Conseil du roi du 24 septembre 1724 refuse au coulissier le droit d'agir en

(1) Paris 2 juin 1881. S. 83, 2, 129. — Paris 16 et 22 juin 1882. S. 82, 2, 177. — Besançon 27 déc. 1883. S. 83, 2, 129.

(2) Cass. Civ. 22 avril et 29 juin 1885. S. 85, 1, 249 et s. — Cass. Req. 8 avril 1888. S. 88, 1, 312.

justice, mais ne l'empêche pas de s'y défendre s'il est lui-même attaqué.

Le courtier marron est donc privé de l'action et non de l'exception. Il ne peut agir en justice comme demandeur, mais il peut se défendre contre l'action en répétition exercée par son client.

Telle est la théorie de la jurisprudence. Mais au lieu de recourir à des décisions très vieillies, et même abrogées par des lois récentes (1), elle aurait pu faire appel à la théorie de la cause illicite qu'elle appliquait à d'autres matières. Si, en effet, un texte spécial avait été nécessaire lorsque la question s'était posée d'une répression pénale contre le coulissier, les principes généraux auraient suffi pour donner à l'article 76 une sanction civile. Le courtier marron qui se charge de négocier des valeurs cotées accepte un mandat qui lui est interdit ; il ne peut l'exécuter sans violer la loi (article 76 C. Com.). L'objet de ce mandat est donc illicite et par suite la cause de l'obligation du mandant l'est également. Mais, une fois ce principe admis, il entraînait comme conséquence logique la nullité absolue de l'opération, qui n'eût pu produire aucun effet : le mandant, pendant 30 années après la clôture des opérations, eût conservé l'action en répétition, ce que la jurisprudence voulait empêcher.

Pour éviter cette conséquence, elle eût pu faire appel à la règle romaine, qui eût conduit à établir la même distinction dans les deux cas précités.

Avant tout règlement de comptes, le coulissier n'aurait

---

1. L'arrêt du Conseil du roi de 1724 sur lequel s'appuie la jurisprudence est abrogé par l'article 3 de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.

eu aucune action pour obliger son mandant à exécuter ses obligations, puisqu'il aurait dû pour agir s'appuyer sur un contrat radicalement nul ; mais les opérations une fois closes, le client n'aurait pas eu davantage le droit de demander la nullité de la négociation et la restitution des sommes versées. En s'adressant à un intermédiaire qu'il savait être sans qualité, il avait en effet participé à la turpitude dont l'acte était entaché : il ne pouvait donc pas se faire un titre de sa propre faute et se fonder sur la nullité de la convention pour demander la restitution des sommes versées en exécution de son engagement.

La solution eût été tout à fait satisfaisante ; l'hypothèse était peut-être celle où la règle romaine conduisait aux conséquences les plus équitables.

Si donc, en 1885, la Cour de Cassation a cru devoir appuyer sa décision sur l'arrêt du Conseil de 1724, et garder un silence dédaigneux sur la maxime romaine, c'est que déjà la tendance contraire à cette règle se révèle. On peut voir dans ces arrêts de 1885 comme les prémices des arrêts de 1887 et de 1888, qui, eux, entreprennent franchement la lutte contre les anciens errements.

Toutefois, quoique repoussée en apparence, la vieille règle «in pari causa» était rappelée sous une forme détournée. La Cour de Cassation (1) décidait, en effet, que la nullité n'est plus opposable lorsque les opérations ont été réglées définitivement «en connaissance de cause». Or, l'arrêt de 1724 ne parle d'aucune distinction à établir entre la connaissance ou l'ignorance de la qualité des intermédiaires. Au contraire, si le refus d'action est basé

(1) Cass. 22 avril et 29 juin 1885. D. 1885, 1, 273 et suiv.

sur la fraude à la loi du spéculateur qui, réglant le cotillissier, se fait son complice, on comprend que l'ignorance de l'irrégularité, transformant le complice en victime, le mette à l'abri du refus d'action. C'est donc la règle «in pari causa», non avouée, non exprimée, mais toujours obéie, qui règne encore tacitement dans les arrêts précités. La jurisprudence n'est pas encore affermie ; une tendance se révèle contraire à la maxime romaine, tendance qui va s'accentuer jusqu'à aboutir aux arrêts postérieurs qui écarteront définitivement, en d'autres matières, mais par des motifs d'ordre général, la maxime «nemo auditur».

IV. — Cession de part d'office ministériel

C'est sur ce point que la jurisprudence récente a rendu les arrêts les plus nets, les plus décisifs contre la règle romaine ; ces arrêts de principe ont une importance d'autant plus grande qu'ils rompent avec la jurisprudence antérieure qui, fidèle à elle-même, repoussait le demandeur en répétition. Pour bien déterminer l'hypothèse particulière dans laquelle ils ont été rendus, il faut distinguer trois situations de fait complètement différentes :

1° Si l'acte de société n'a encore reçu aucune exécution au moment où sa validité est soumise aux tribunaux, aucune difficulté sérieuse ne se présente : la nullité dégage les parties de leurs obligations réciproques : l'associé n'est plus tenu de verser son apport ; le titulaire peut se livrer seul à l'exploitation de l'office sans avoir à partager les bénéfices.

2° Si les apports ont été réalisés, sans que la société ait encore fonctionné, la question est encore très simple :

sa solution dépend uniquement du choix que l'on fait entre la règle romaine et l'application logique de l'article 1131. Les arrêts assez anciens qui statuent en la matière n'hésitent pas à déclarer la répétition impossible : l'associé, en réalisant son apport, a concouru à la turpitude commune ; il est complice et par là même indigne d'agir en justice (1).

Pourtant, les mêmes considérations qui avaient conduit les tribunaux à admettre la répétition du prix supplémentaire promis par contre-lettre pouvaient être invoquées en l'espèce. La faute est plus grave de la part de l'officier ministériel, tenu en sa qualité à des obligations plus strictes, que de la part d'un simple particulier qui s'efforce seulement de placer son argent à un taux rémunérateur. La réalisation de l'apport, qui donne à un tiers sans garantie une certaine part dans l'exploitation de l'office, est plus dangereuse pour la société que la convention elle-même. Il y a donc une complète contradiction entre les deux séries de décisions.

3° Mais un troisième cas se présente souvent. Le pacte social a été exécuté pendant un certain temps ; les apports ont été réalisés par l'associé ; les dividendes ont été payés par l'officier ministériel. La nullité de la société vient d'être prononcée. Faudra-t-il déclarer que chaque partie pourra réclamer les sommes versées par elle : l'associé son apport, le titulaire, les dividendes payés et opérer la compensation entre ces différentes sommes ? Si cette compensation laisse l'associé créancier, celui-ci viendra-t-il en concurrence avec tous les autres

(1) Paris 4 février 1854. S. 54, 2, 148. — Cass. Req. 29 juin 1863. S. 63, 1, 493. — Cass. Req. 16 août 1864. S. 65, 1, 23.

créanciers de l'officier ministériel? Ou bien au contraire considérera-t-on qu'il y a eu communauté de fait, et que chaque associé peut réclamer sa part dans l'actif social, mais en agissant comme associé, et en partageant seulement l'actif net qui restera après le paiement de tous les autres créanciers? En un mot, la question qui se posait est celle-ci : doit-on prononcer la nullité ou la dissolution de la société?

La jurisprudence fait une distinction. Elle applique des règles différentes selon qu'il s'agit de charges d'agent de change ou de tous autres offices ministériels.

Avant la loi du 2 juillet 1862, qui a modifié l'article 75 C. Com., on ne pouvait pas s'associer pour l'achat d'une charge d'agent de change. Ces offices coûtant fort cher, cette interdiction n'était pas observée et l'on comprend la répugnance qu'éprouvaient les tribunaux à prononcer la nullité d'associations que la pratique rendait nécessaires. Si du moins l'annulation devait être déclarée théoriquement, la jurisprudence s'efforcait d'en réduire les conséquences rigoureuses. La décision contraire eût laissé la porte ouverte à toutes les fraudes. Dès que les affaires n'auraient plus prospéré, les associés auraient demandé la nullité. L'agent de change eût été obligé de restituer les apports, déduction faite des dividendes payés, et en définitive il eût supporté tous les risques, tandis que les associés n'auraient participé qu'aux bénéfices. Les créanciers de la société seraient venus en concours avec les associés et quoiqu'ils aient pu ignorer la situation illégale de l'agent de change avec lequel ils avaient traité, ils auraient été frustrés. C'est pourquoi de nombreuses décisions avaient admis que la nullité de l'association laissait subsister une société de fait qui devait être liquidée d'après la volonté des parties telle qu'elle était

exprimée dans la convention (1). Après la loi de 1862, la première des raisons qui expliquaient cette jurisprudence n'existe plus. L'agent de change, qui peut s'associer des tiers jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de sa charge, est impardonnable s'il va au delà et s'il ne garde qu'une part plus minime. Mais les créanciers qui ont traité avec lui ont pu ignorer la constitution illicite de la société. C'est ce qui explique que les tribunaux admettent encore que la nullité de ces sociétés illicites produise les mêmes effets que la dissolution d'une société licite (2).

Au contraire, pour les autres offices ministériels qui peuvent être acquis à des prix moins élevés, accessibles aux fortunes individuelles, les tribunaux ont toujours prononcé la répétition des dividendes versés, rejetant ainsi toute idée d'existence d'une communauté de fait. Mais tandis que les anciens arrêts se montraient très sobres dans leurs motifs (3), d'autres plus récents ont une grande importance doctrinale. Depuis 1887, ces arrêts ne se contentent plus de porter de timides atteintes à la règle « nemo auditur ». Ils en recherchent les bases légales, la raison d'être pratique et en prononcent la condamnation en termes si généraux, qu'ils semblent dépasser la portée de l'hypothèse particulière dans laquelle ils statuent.

La Cour de Cassation, par arrêt du 25 janvier 1887 (4),

---

(1) Cass. civ. 13 mai 1862. D. 62, 1, 338. — Cass. Req. 31 mars 1869. D. 69, 1, 452.

(2) Paris 11 juillet 1885. D. 86, 2, 117.

(3) Paris, 1er mars 1850. D. 1850, 2, 153. — Cass. civ., 10 décembre 1878. D. 79, 1, 8.

(4) Cass. civ., 25 janv. 1887. D. 87, 1, 465 (Note Poncet) et S. 87, 1, 224.

à propos d'une société créée pour l'exploitation d'une charge de courtier maritime, déclare : « Attendu que ce »qui a été payé sans être dû est sujet à répétition et que »ce qui a été payé en vertu d'une obligation nulle n'était »pas dû ; attendu qu'il résulte de la nullité que la somme »payée pour prix de cession (d'une part dans l'office) «n'était pas due et que, par conséquent, la restitution »devait être ordonnée ». L'arrêt de la Cour de Rennes, qui lui était déféré et avait admis l'existence d'une communauté de fait, est donc cassé pour une raison d'ordre purement juridique, parce qu'il méconnaît les conséquences de la nullité radicale de la société. Les motifs de la Cour de renvoi sont plus explicites encore ; à l'argument tiré de la nullité de l'acte, ils ajoutent (1) : « Attendu »que la maxime « nemo auditur » n'a été consacrée par »aucun texte de nos lois, qu'elle est en contradiction for»melle avec le texte de l'article 1131 ; attendu que l'ordre »public et les bonnes mœurs sont intéressés à ce que la »nullité soit prononcée, afin que l'obligation illicite ne »reçoive aucune exécution ». Voilà les conséquences logiques de l'article 1131 formellement reconnues, l'illégalité de la règle romaine prononcée, ses inconvénients pratiques mis à jour. Ce n'est plus comme en 1844, en matière de contre-lettre, une atteinte timide, dont on se défend. C'est une condamnation pure et simple de la règle romaine prononcée ouvertement. Si l'on rapproche cette décision d'un autre arrêt rendu par la Cour de Cassation (2) et accordant la répétition des sommes versées en exécution d'un contrat illicite, il semble bien que la règle romaine a désormais vécu et que les tribunaux ne peu-

(1) Caen, aud. sol. 18 janv. 1888. S. 90, 2, 97 (Note Meynial).
(2) Cass., 11 fév. 1884. S. 84, 1, 265.

vent pas sans se déjuger l'appliquer en aucune autre espèce ; les motifs généraux des deux arrêts précités ne laissent pas de doute à ce sujet, comme l'a fait remarquer M. Meynial dans la savante note insérée au Sirey sous l'arrêt de la Cour de Caen.

V. — Courtiers matrimoniaux

La question de la répétition en cette matière ne s'est posée qu'une fois en 1895, à une époque postérieure aux arrêts de 1887, qui avaient porté une aussi grave atteinte à la maxime romaine. Les tribunaux ne pouvaient pas sans inconséquence écarter le demandeur en répétition, sous prétexte qu'il était indigne. Aussi la Cour de Besançon (1), par un arrêt fortement motivé, prononce le droit à la répétition. Pourtant, la turpitude des deux parties n'était pas douteuse : le procès avait lieu entre le courtier matrimonial et un tiers acquéreur de sa créance qui répétait le prix de cession payé au courtier ; le concessionnaire avait connu l'origine illicite de la créance qu'il acquérait ; il y avait même égalité dans la faute entre les deux parties. Il s'agissait également d'une hypothèse où la convention même est plus odieuse que le paiement n'est dangereux. Le paiement est, en somme, en l'espèce, un acte indifférent à la société ; c'est le contrat lui-même qui lèse les bonnes mœurs. S'il fallait donc appliquer le critérium adopté par M. Meynial, et que nous développerons plus loin, la turpitude du demandeur eût dû le faire écarter. La Cour de Besançon a cru devoir décider

(1) Besançon, 6 mars 1895, au S. 1895, 2, 196 et D. 1895, 2, 223.

autrement. Ne semble-t-il pas que depuis 1887 les arguments d'ordre juridique tendent à l'emporter sur les arguments tirés des circonstances du fait?

Section II

Des hypothèses dans lesquelles la jurisprudence applique encore la règle romaine

A lire les arrêts de 87 et de 88, il semble que la règle « nemo auditur » a désormais vécu en jurisprudence et que la Cour de Cassation et les Cours d'appel, abandonnant leurs anciens errements, en reviennent à l'application logique de l'article 1131 et des principes de la nullité absolue. Cependant, de nombreuses décisions de date plus récente sont encore basées sur l'adage romain. Nous rechercherons plus loin si cette apparente inconséquence n'est pas fondée sur des motifs de fait, sur des considérations pratiques très graves. Nous allons pour le moment étudier les cas dans lesquels la jurisprudence contemporaine, oubliant les principes qu'elle a posés avec une telle clarté en 1886, fait un retour en arrière et s'inspire encore de l'ancienne tradition. Ces cas sont au nombre de trois. Ils ont rapport : aux effets de complaisance, aux dons entre concubins, aux contrats relatifs à des établissements immoraux.

I. — Dons entre concubins

La jurisprudence opposait autrefois la fin de non recevoir traditionnelle à l'action en répétition du concubin

qui avait exécuté sa libéralité (1), et, malgré les arrêts de 1887, elle a persisté dans cette solution.

La seule décision récente que nous connaissions ne fait pas directement appel à la règle romaine, mais elle en admet implicitement l'existence. Le concubin (2), souscripteur du billet, n'avait payé que contraint et forcé, sous réserve de faire statuer sur la demande en nullité des billets. C'est uniquement par ce motif que la répétition lui est accordée. Cependant, l'article 1131 eût conduit à décider que la donation étant immorale ne pouvait avoir pour effet de valider le paiement. Il était inutile de recourir au prétexte tiré de la contrainte du donateur. Par son silence même sur l'article 1131 et sur les conséquences de la nullité absolue du contrat, l'arrêt indique donc qu'il s'inspire encore indirectement de la règle romaine.

II. — Des effets de complaisance

Nous avons déjà recherché dans la première partie de cette étude quels sont les caractères qui distinguent l'effet de complaisance et quelle est la théorie juridique grâce à laquelle on peut en prononcer la nullité. Il reste maintenant à déterminer les conséquences de la nullité prononcée; nous trouverons sur ce point, dans la jurisprudence, une des applications les plus intéressantes et peut-être les plus discutables de la maxime romaine.

Dans la détermination de ces conséquences, le principe de la nullité absolue doit être combiné avec les règles

---

(1) Cass. Req., 26 mars 1860. S. 60, 1, 321. — Caen, 2 juillet 1872. S. 73, 2, 145. — Orléans, 27 mai 1875. S. 75, 2, 319.

(2) Cass. Req., 4 janvier 1897. D. 97, 1, 126.

spéciales qui gouvernent les effets de commerce. Traites ou billets ne peuvent produire aucun effet ; la convention qui leur a donné naissance est entachée d'un vice radical. Mais s'il en est ainsi entre parties, à l'égard des tiers l'insertion de la clause à ordre produit ses conséquences ordinaires. Les tiers porteurs de bonne foi n'ont pas à se préoccuper de la nullité qui existe entre tireur et tiré, souscripteur et bénéficiaire. Les clauses à ordre, l'endossement ont purifié à leur égard le vice dont l'effet était atteint. Aussi, les effets de complaisance qui ne font naître aucune obligation entre les parties donnent aux tiers, ignorants de la fraude, le droit de poursuivre le paiement contre tous les signataires. Les conséquences de la nullité sont donc différentes : 1° entre parties ; 2° à l'égard des tiers.

1° *A l'égard des tiers.* — L'effet de complaisance est radicalement nul : pourtant les différents signataires vont être liés à l'égard des tiers porteurs de bonne foi. Cette première exception au principe de la nullité absolue s'explique en fait et en droit. En fait, la circulation d'un effet de commerce subirait des retards préjudiciables si son acquéreur devait rechercher l'opération, l'acte qui en est la cause juridique ; la sécurité serait moindre pour les porteurs ; la négociation des valeurs commerciales en souffrirait ; l'étendue du crédit diminuerait. En droit, il est admis que la clause à ordre, par son caractère spécial, donne au porteur un droit propre, dégagé du contrat primitif ; le débiteur s'oblige par avance envers tous les propriétaires successifs de l'effet, il renonce aux exceptions dont il aurait pu se prévaloir à l'égard des tiers.

Mais c'est seulement en tant que les tiers s'en rappor-

tent à l'effet lui-même qu'ils ont droit à l'application de ces règles ; ils ne peuvent plus les invoquer quand ils ont connu la convention qui se cachait derrière ces effets. On ne peut les obliger à rechercher la cause de l'effet, mais, s'ils l'ont connue, la présomption de bonne foi tombe devant la preuve contraire. L'exception n'ayant plus de raison d'être, le principe de la nullité absolue s'applique et l'effet n'a pu donner naissance à aucun engagement valable. La règle est donc que le tiré et tous les signataires restent tenus envers le porteur de bonne foi et sont libérés à l'égard du tiers porteur de mauvaise foi.

On a soutenu, il est vrai, qu'étant absolue, la nullité de la traite produisait effet, même à l'égard du porteur de bonne foi qui n'aurait qu'une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382. La question, la plupart du temps, ne présente pas d'intérêt pratique, puisque le tiré, le souscripteur, n'en resterait pas moins tenu, sinon en vertu de sa signature, du moins en vertu du délit civil qu'il a commis. La solution présenterait pourtant de l'intérêt quand des causes de préférence sont attachées à l'effet : les porteurs ne pourraient plus s'en prévaloir ; l'article 1382 ne leur donnerait qu'une créance chirographaire ; elle influerait aussi sur la compétence, qui serait commerciale ou civile suivant le cas.

L'argument essentiel des partisans de ce système est le suivant : l'effet nul, juridiquement n'existe pas ; il n'a pu, par suite, donner naissance à un endossement valable. On ne conçoit pas que le néant puisse produire un effet de droit quelconque. La traite tout entière, dans toutes ses parties, est nulle et non avenue. Il ne faut pas oublier toutefois que la nullité est une fiction et que toute fiction s'arrête devant un fait matériel. La loi peut effacer le contrat, mais elle ne peut supprimer la signa-

ture d'une personne étrangère au contrat primitif, fait distinct qui a une existence propre et qui n'est nullement vicié par la nullité qui atteint la convention elle-même.

2° *Entre parties.* — Le principe de la nullité absolue de l'acte illicite s'applique ici dans toutes ses conséquences : 1° le tireur, le bénéficiaire n'ont aucune action contre le tiré, le souscripteur; 2° le tiré ou le souscripteur, qui a été contraint de payer l'effet au tiers porteur de bonne foi, peut répéter la somme payée contre le bénéficiaire ou le tireur. La jurisprudence, toutefois, précisément par application de la règle «nemo auditur», n'adopte pas la seconde de ces conséquences. Mais cette exception ne s'explique ni en équité ni en droit.

Refus d'action. — Ces premières conséquences ne donnent lieu à aucune difficulté. Elles se déduisent de ce principe que l'effet étant nul ne peut donner naissance à aucun engagement. Par conséquent : *a.* le tiré pourra refuser d'accepter la traite, le tireur n'ayant aucune action pour l'y contraindre (Bordeaux, 2 juin 1896. D. 96, 2, 406); *b.* si à l'échéance le tireur se trouve détenteur de l'effet, il ne pourra se faire payer, ni produire comme créancier du tiré, en cas de faillite de ce dernier (Lyon, 31 déc. 1886. G. Fail. 86, p. 323).

Répétition. — La question devient plus complexe dans cette seconde hypothèse, et a donné lieu à de nombreuses discussions. C'est ici qu'apparaît encore, même dans les arrêts les plus récents, l'application, par la jurisprudence, de la règle «nemo auditur».

La situation est celle-ci : le tiré a été obligé de payer à un tiers porteur de bonne foi; il se retourne contre le

tireur pour exercer la répétition du montant de la traite. Peut-il tenir ce langage : J'ai été obligé de payer en exécution d'une convention conclue avec vous ; cette convention avait un but immoral ; elle ne pouvait m'engager valablement. J'ai donc payé l'indu, et comme c'est vous qui, en définitive, avez profité de mon paiement que vous avez reçu par anticipation sous forme d'escompte, vous devez me restituer la somme que j'ai versée? Le plus souvent, le tireur sera en faillite ; le tiré demandera à être inscrit parmi les créanciers. Devra-t-on l'admettre et lui accorder un dividende?

Une jurisprudence constante lui refuse toute action en répétition, par application de la règle romaine et contrairement aux conséquences logiques de la nullité absolue (1). Elle n'admet exceptionnellement la répétition que dans deux hypothèses : d'abord, quand le titre est resté entre les mains du bénéficiaire ou tireur, cette possession ne constituant pas, d'après le jurisprudence, le paiement volontaire qui fait obstacle à l'action du débiteur (2) ; ensuite, quand le débiteur ayant fait faillite, le syndic qui a dû payer un effet de complaisance présenté par un porteur de bonne foi exerce *du chef de la masse des créanciers* une action en indemnité contre l'autre créateur de l'effet (3). Hormis ces cas, le souscripteur ou tiré ne peut réclamer de son complice le remboursement des sommes qu'il a payées indûment sans en avoir reçu la contre-

(1) Cass. Req. 8 juin 1891. S. 92, 1, 439).— Nancy, 2 janvier. 1893. S. 94, 2, 206. — Cass. Req. 28 juillet 1897. Droit, 24 septembre 1897. — Paris, 16 nov. 1888. S. 91, 2, 86. — Contra : Paris, 30 janv. 1865. *Journ. Trib. Com.*, 1865, p. 412.

(2) Cass. 2 février 1853. S. 1853, 1, 428.

(3) Trib, Com. Havre, 11 mars 1896. — *Rev. jurisp.* Havre, 1896. 1, 73.

valeur ; et, d'une manière plus générale, aucun de ceux qui ont participé à la fraude — soit en créant le papier fictif, soit en le faisant circuler — n'est admis à répéter (1).

M. Meynial, dans la note déjà citée, et M. Le Debray dans les « Annales de Droit commercial » (1898, p, 30, N° 12) s'élèvent contre cette application de la règle « nemo auditur ». Il est en effet regrettable que la jurisprudence n'ait pas persisté dans la voie qu'elle semblait s'être tracée dans ses arrêts de 1887 et de 1888. L'application, en l'espèce, des conséquences logiques de la nullité absolue n'était pas seulement commandée par les principes généraux. Au point de vue purement pratique, elle eût été encore bien supérieure à la solution adoptée par les tribunaux. Cette dernière aboutit en définitive à frapper le tiré d'une amende injustifiable. Le tiré en payant la traite a enrichi d'autant la masse des créanciers qui aurait été obligée de l'acquitter, si le tiré ne l'eût pas fait. En lui refusant tout droit à un dividende, on lui fait éprouver une perte sèche et la masse bénéficie d'un enrichissement qui ne lui a rien coûté. On dit, il est vrai, que les créanciers de la faillite ont été trompés par la lettre de change qui a donné au tireur un crédit fictif sans lequel ils n'auraient peut-être pas contracté avec lui. Mais d'abord cela n'est vrai que des créanciers postérieurs à l'émission de la traite. Et même envers ces derniers, peut-on dire qu'une telle sévérité soit justifiée? Les articles 446 et suiv. du Code de Commerce prévoient des fautes bien plus graves commises par un créancier au détriment de la masse; cependant ces actes n'entraînent pas déchéance du droit

(1) Cass. Req. 8 juin 1891. S. 92, 1, 439. — Cass. Req. 28 juillet 1897. Droit, 24 septembre 1897.

au dividende. Cette mesure envers le tiré s'explique-t-elle davantage par l'intérêt général de la libre circulation fiduciaire? « Est-ce que la menace dont il s'agit, répond »M. Meynial, empêchera un débiteur mal en point de tirer »des lettres de change? Cela est douteux, mais ce qui est »certain, c'est qu'une fois émises, cela empêchera le tiré »de les payer. Il faudra avoir la précaution de faire »accepter la lettre avant de la recevoir, et ce sera là.... »l'entrave (au crédit). C'est pour éviter des protêts qu'on »a réglementé le paiement pour autrui de la lettre de »change. Pourquoi, sous la pression des mêmes raisons, »ne pas en admettre l'application ici? ».

A tous les points de vue, on peut donc regretter que la jurisprudence n'ait pas abandonné la règle romaine, comme elle l'a fait en d'autres matières.

III. — Contrats relatifs à des maisons de tolérance

L'ancienne jurisprudence n'hésitait pas à refuser la répétition à l'acheteur ou au locataire qui avait versé les deniers promis dans un contrat relatif à une maison de tolérance. Les deux parties étaient considérées comme indignes d'agir en justice, l'une pour demander l'exécution de la convention immorale, l'autre pour obtenir le remboursement de la somme payée en exécution de ce contrat. Les arrêts poussaient même le principe posé par eux jusqu'à ses dernières conséquences. Ils décidaient que le fait de souscrire des billets négociables équivalait à un paiement en espèces et en concluaient que le signataire qui avait été obligé de payer le montant de la traite à un tiers porteur de bonne foi ne pouvait pas en demander la restitution au bénéficiaire primitif. C'était indirec-

tement valider le paiement touché par le bénéficiaire lors de l'endossement du billet (1).

Il semblait qu'un revirement de jurisprudence devait se produire à la suite des récents arrêts. Ces décisions n'étaient plus conciliables avec les principes nouveaux posés en 1887 et 1888. La règle «nemo auditur» venait d'être déclarée abrogée par l'article 1131. La répétition des sommes payées en vertu d'un contrat immoral avait été accordée. Cependant la Cour de Cassation est restée toujours fidèle à son ancienne jurisprudence.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1er avril 1895 (D. 95, 1, 263) annule un prêt comme ayant pour cause «l'acquisition d'une maison de tolérance», et ajoute: «attendu que chacune des parties à pris une part égale à »la convention... que c'est à bon droit que la Cour de »Paris a déclaré mal fondée la demande formée par les »héritiers du prêteur tant à titre de remboursement de la »somme prêtée qu'à titre de répétition de cette somme »comme ayant été indûment payée». La répétition est donc écartée. La nullité du contrat ne permet pas de poursuivre le remboursement de la somme prêtée et l'indignité du prêteur ne l'autorise pas à réclamer la restitution de l'indu. Le système de la Cour de Cassation aboutit donc à rendre l'emprunteur définitivement propriétaire des deniers prêtés. S'il est vrai que les deux parties soient coupables d'une égale turpitude, n'est-ce pas créer une inégalité choquante et, par un mépris injustifié pour les contractants, faire bénéficier l'emprunteur «turpis» d'un avantage dont serait privé le débiteur d'une obligation licite et morale?

---

(1) Sic: Paris 3 mars 1870 et Cass. civ. 15 déc. 73 au D. 17, 1, 222.

Des décisions analogues ont été rendues non plus en matière de prêt, mais au sujet de ventes et de locations de maisons publiques ; si la vente a été exécutée par les prestations des deux parties, le contrat étant inexistant, le vendeur en livrant l'immeuble, l'acheteur en payant le prix ont payé l'indu, ont exécuté une obligation qui n'avait pas pris naissance. De même dans le louage, le preneur pourra répéter les loyers payés, le propriétaire pourra reprendre sa chose. La Cour de Cassation repousse ces décisions (1). Elle décide qu'aucune des parties ne peut se fonder sur la convention immorale, pour légitimer sa réclamation.

Les contractants resteront définitivement dans la situation qu'ils avaient lors du procès ; celui qui aura exécuté son obligation sera dépouillé à l'avantage de l'autre partie. Mais si le vendeur, le locateur, ont livré la maison vendue ou louée, faudra-t-il donc décider que l'acheteur restera propriétaire, que le locataire le deviendra, uniquement parce que la source de son acquisition est immorale? La jurisprudence a trouvé un moyen d'éviter cette conséquence. Celui qui a vendu ou loué pourra revendiquer la maison en se basant, non sur la nullité de la vente ou du bail, mais sur son titre de propriété (2). Mais il va se produire ici encore une étrange inégalité. Les deux contractants ont également participé à l'immoralité dont l'acte est entaché ; tous deux avaient exécuté leurs engagements. Le vendeur pourra rentrer en possession de son immeuble, tandis que l'acqué-

(1) Cass. Civ. précité 15 déc. 1873. D. 74, 1, 222. — Caen, 29 juil. 1874. D. 75, 2, 127. — Bourges, 13 juin 1889. D. 89, 5, 329. — Alger, 15 nov. 1893. D. 94, 2, 528.

(2) Alger, arrêt précité.

reur ne pourra pas répéter le prix qu'il a payé. Pourquoi avantager une partie plutôt que l'autre, puisqu'elles ont pris une part égale à la faute? Bien plus! Dans l'hypothèse d'une location, il peut arriver que le propriétaire ne puisse pas revendiquer son immeuble parce que son titre d'acquisition est lui-même immoral. Il faudra donc en conclure que le locataire devient propriétaire de fait des immeubles qu'il avait seulement loués. Si c'est sur la seule équité qu'une telle jurisprudence prétend se fonder, ne peut-on pas l'accuser d'aboutir à des conséquences contraires au principe même dont elle s'inspire?

CHAPITRE III

Section I

Essais de classification

La jurisprudence contemporaine relative aux effets des conventions illicites paraît d'abord pleine d'inconséquences et de contradictions. Après avoir proclamé formellement en 1887 que la règle «nemo auditur» est inconciliable avec les textes et contraire à l'intérêt social, voici qu'elle en consacre encore certaines applications pratiques ! Ce défaut de logique apparent ne s'explique-t-il pas rationnellement ? Entre les deux séries de décisions, les unes admettant la répétition, les autres la rejettant, au cas de turpitude du «tradens», ne trouve-t-on pas un motif de distinguer ?

Ce motif, nous ne saurions le chercher ni dans les textes ni dans l'esprit de la loi, qui statue d'une manière générale et uniforme. Si donc une nouvelle distinction entre les différents cas de turpitude du débiteur nous paraît devoir être ajoutée à l'ancienne distinction romaine, elle n'aura jamais qu'une valeur législative. Son adoption pourrait être préconisée devant les Chambres. Elle ne saurait être admise actuellement par les tribunaux, malgré les plus puissantes raisons d'équité et d'intérêt social. La jurisprudence n'en serait pas moins condamnable au point de vue juridique ; elle aurait fait

du droit prétorien, mais elle aurait mis le législateur sur la voie d'une réforme utile.

Nous ne connaissons, à ce point de vue, que deux essais de classification, l'un de M. Meynial, dans la savante note insérée au Sirey (1), l'autre de M. Wagner, dans la thèse qu'il a soutenue en 1900 devant la Faculté de Droit de Paris (p. 129 et suiv.). Encore le second de ces auteurs a-t-il seulement la prétention de préciser davantage les idées émises par M. Meynial, sans les modifier en aucune manière. Nous verrons toutefois que, soit dans leur principe, soit dans leurs conséquences, ces deux systèmes sont bien différents.

I. *Système de M. Meynial.* — Le critérium de la distinction, d'après le distingué professeur, peut être ainsi déterminé : «Il y a des hypothèses où l'exécution ou »l'inexécution importe assez peu à l'ordre public. Le »refus de la répétition se comprend alors parce que ce »n'est pas le paiement qui a été nuisible, mais l'acte payé, »que la restitution de la somme pourrait fort bien ne pas »entraver l'accomplissement de cet acte et qu'il n'y a dès »lors aucun inconvénient sérieux à considérer l'indignité »des deux parties comme un obstacle à leur action». La jurisprudence distinguerait donc selon que c'est le paiement ou l'acte payé qui nuit à la société.

Toutes réserves faites sur la valeur juridique et sociale de ce système, est-il bien vrai qu'il soit rigoureusement suivi par la pratique des tribunaux ? Certaines décisions, on ne peut le nier, s'inspirent directement de ce nouveau critérium. Un des motifs qui ont fait admettre la répé-

(1) Caen précité, 18 janv. 1888. S. 90, 2, 97.

tition du prix supplémentaire d'un office ministériel, promis par contre-lettre, est que « c'est précisément le *paiement* de cette partie du prix caché et exagéré qui *expose... le public à de graves dommages* et blesse plus particulièrement les bonnes mœurs». D'autres arrêts, quoique moins formels dans leurs termes, rentrent néanmoins dans le cadre de la distinction.

La répétition est repoussée par exemple dans les dons entre concubins, dans les contrats relatifs à des maisons de tolérance. C'est qu'ici le paiement n'est en lui-même ni immoral, ni dangereux ; c'est bien plutôt l'acte payé, c'est-à-dire le consentement à des relations illicites, la livraison d'un établissement immoral qui blesse les bonnes mœurs. Au contraire, le cessionnaire d'une part d'office ministériel qui a réalisé son apport peut aujourd'hui le répéter ; c'est qu'en effet c'est le paiement de la somme promise qui consacre l'association, autorise la participation d'un tiers à la direction de l'office et, par là, peut être nuisible à l'intérêt social.

Mais à côté de ces décisions, il en est d'autres dans lesquelles la jurisprudence admet une solution directement contraire à celle que commanderait notre critérium. Par exemple, dans les contrats d'entremise de mariage, si le mandant paie au courtier la somme promise, cet acte est assez indifférent au point de vue social. Ce qui est surtout important et dangereux, c'est le contrat lui-même ou les démarches du courtier, c'est-à-dire l'acte payé. D'après M. Meynial, la jurisprudence devrait repousser la répétition. Nous avons pourtant vu que c'est la décision contraire qu'elle consacre. En sens opposé, un effet de complaisance vient d'être mis en circulation ; le paiement de cet effet par le tiré doit être favorisé dans

l'intérêt de la libre et sûre circulation fiduciaire ; de nombreuses décisions admettent pourtant qu'il ne pourra pas être répété par le tiré contre le tireur ou contre les créanciers de la faillite de celui-ci.

Quoi qu'il en soit, cette distinction, si elle n'est pas rigoureusement pratique, n'est pas étrangère à la jurisprudence qui s'inspire d'elle dans bien des cas. Est-elle donc fondée rationnellement?

α. Est-elle équitable? — Dans ces sortes de conventions, dit-on, la loi se désintéresse des deux contractants également indignes et leur fait un sort également rigoureux en n'écoutant pas plus les doléances du créancier qui demande l'exécution du contrat que celles du débiteur qui exerce la répétition du paiement effectué. S'il est équitable de tenir la balance égale entre les deux parties, on peut dire que la jurisprudence n'atteint nullement le but qu'elle poursuit. Il ne suffit pas, en effet, de considérer le résultat apparent de ce système, qui est d'écarter les deux parties du prétoire ; ce n'est là qu'une égalité de pure forme. Il faut surtout envisager les conséquences pratiques de cette exclusion. Et à ce point de vue on ne peut nier que la jurisprudence aboutit à favoriser — d'une façon parfois scandaleuse — un contractant au détriment de l'autre. Par exemple, le vendeur d'une maison publique pourra revendiquer son immeuble en vertu de ses titres de propriété et garder en même temps le prix payé. En sens opposé, si la maison a été livrée et le prix non payé, il pourra arriver que l'acquéreur garde l'immeuble tout en ne payant pas le prix. Il en sera ainsi quand la revendication du vendeur sera rendue impossible par le même vice d'immoralité qui

entache la nouvelle opération. L'équité exigerait une égale rigueur entre les deux parties également en faute ; elle ne saurait permettre ce privilège exorbitant qui n'est pas accordé au contractant honnête.

β. *Est-elle conforme à l'intérêt social?* — M. Meynial avait déjà répondu par la négative, en montrant que ce système n'offre, contre les conventions illicites, qu'un moyen préventif insuffisant. « Supposons même, dit-il, »qu'il s'agît d'une obligation dont l'exécution ou l'inexé»cution importent assez peu à la société..... Même ici, »l'effet pratique de la règle romaine est critiquable, car »la peine dont elle menace n'aura pas toujours une »grande efficacité préventive. Avant l'exécution, les deux »parties resteront sans doute à la discrétion l'une de »l'autre ; le contrat sera aléatoire, les deux parties pour»ront en être effrayées et détournées de le conclure. Mais, »on n'aura qu'à se tenir sur ses gardes, qu'à traiter au »comptant, donnant donnant. Et quand l'exécution réci»proque aura eu lieu, tout le monde sera à l'abri pour »toujours. Cette demi-validité ne suffit-elle pas dans tous »les cas à tranquilliser les contractants ?»

Dans ces hypothèses, où l'acte payé est plus dangereux que le paiement lui-même, quel est le moyen le plus sûr d'empêcher l'accomplissement de la prestation promise ? Comment détourner la concubine de maintenir les relations illicites, le co-contractant d'exécuter le crime commis, le vendeur de livrer la maison destinée, dans l'intention des deux parties, à une exploitation immorale? Le meilleur procédé sera celui qui ne laissera à la partie qui a promis un fait immoral aucune sécurité pour l'obtention et la conservation du prix de sa turpitude. Or, d'après le système jurisprudentiel, cette partie ne pourra pas obte-

nir le prix en agissant en justice, mais elle pourra le conserver, si elle s'est fait payer comptant. Dans le système qui admet la répétition, elle ne pourra au contraire ni l'obtenir en justice, ni le conserver. Cette complète insécurité n'est-elle pas le moyen le plus sûr de l'empêcher d'accomplir l'acte dangereux qui ne lui procurerait aucun bénéfice certain?

Nous ne comprenons donc pas pourquoi la jurisprudence n'est pas restée fidèle à elle-même, pourquoi, après les arrêts si décisifs de 87, elle a continué à appliquer la règle romaine dans certaines hypothèses. Il est vrai que dans ces hypothèses, les inconvénients pratiques de cette règle ne sont pas aussi clairs, aussi importants, que dans celles où les tribunaux admettent la répétition. Mais ils n'en existent pas moins; l'équité comme l'intérêt social commandent une solution uniforme. Donc, pas plus en législation qu'au point de vue juridique, la nouvelle distinction que signale M. Meynial, comme se faisant jour dans la jurisprudence contemporaine, ne nous paraît devoir être adoptée.

II. *Système Wagner.* — La classification établie par M. Wagner préciserait seulement, d'après son auteur, les idées émises par M. Meynial, alors qu'elle en diffère gravement, soit dans son principe, soit par les conclusions qu'il en tire.

« La distinction, écrit-il, établie par M. Meynial, parmi »les hypothèses pratiques suivant que la question d'exé»cution importe ou n'importe pas à l'ordre public, corres»pond et se rattache à celle tirée non plus du résultat »social des conventions, mais de leur valeur abstraite, »qui oppose les conventions relativement mauvaises aux »conventions mauvaises absolument ».

Ces dernières sont les conventions « mauvaises en »elles-mêmes, toujours telles, quels que soient les indi»vidus qui y participent et les circonstances qui entou»rent l'accord conventionnel». Par exemple, la vente d'une maison de tolérance, la promesse d'une somme d'argent pour obtenir la continuation de relations de concubinage, la mise en circulation d'effets de complaisance, rentrent dans cette catégorie parce qu'on ne saurait imaginer une hypothèse dans laquelle l'une de ces conventions n'impliquerait pas une fin immorale.

Les conventions relativement mauvaises sont au contraire celles qui ne sont telles « qu'à raison de la participation de certaines personnes, à raison de circonstances accidentelles », par exemple: la contre-lettre augmentant le prix ostensible d'un office ministériel, la cession d'une part d'office ministériel, la négociation de valeurs cotées effectuée par l'intermédiaire d'un coulissier.

Cette nouvelle classification des décisions de la jurisprudence nous paraît bien plus discutable que celle développée par M. Meynial. M. Wagner d'abord affirme à tort que les deux distinctions correspondent entre elles. Dans certaines hypothèses particulières, elles aboutissent chacune à des résultats différents. Les contrats d'entremise de mariage, par exemple, sont des contrats relativement mauvais: ils ne sont nuls que dans certaines conditions (paiement subordonné à la conclusion du mariage) et même qu'entre certaines personnes (le mandat gratuit entre amis n'a rien d'immoral). Il faudra donc, d'après M. Wagner, les classer dans la même catégorie que les contre-lettres et les cessions de parts en matière d'office ministériel, et accorder au demandeur la répétition des sommes qu'il a versées en exécution de son engagement. Au contraire, si l'on applique le critérium

de M. Meynial, ce n'est pas la somme payée qui est nuisible à la société, mais bien plutôt l'acte payé, c'est-à-dire les démarches louches, les recherches intéressées de l'intermédiaire. Les deux parties sont également peu dignes d'intérêt. Il s'agit bien d'un des cas où, d'après M. Meynial, la jurisprudence devrait refuser la répétition. Par conséquent, selon que l'on admet l'un ou l'autre critérium, on est conduit à des conclusions différentes. Y a-t-il, comme M. Wagner [illegible] correspondance entre les deux systèmes ?

Mais nous devons à M. Wagner un reproche plus grave encore. Le critérium qu'il a imaginé n'établit qu'une apparente distinction entre les deux catégories d'hypothèses qu'il prévoit. On pourrait, avec un peu de bonne volonté, classer tel contrat qu'il considère comme absolument mauvais dans la catégorie des conventions relativement mauvaises et réciproquement. Par exemple, la contre-lettre augmentant le prix ostensible d'un office ministériel, la cession de part d'un office ministériel sont, d'après le jeune auteur, des actes relativement mauvais. Pour quel motif ? Parce que « ces conventions prises en elles-mêmes..... sont admissibles et admises ; modifier [illegible] acte ostensible mérite si peu le blâme que le Code civil »règle les effets de cette simulation dans l'article 1321 ... »de même, on ne saurait trouver à redire à la mise en »société des opérations civiles et commerciales. Mais les »conventions de ce genre peuvent présenter des inconvé»nients quand elles sont faites dans certaines condi»tions ».

Appliquons le même raisonnement aux effets de complaisance et aux dons entre concubins. L'effet de commerce est très utile ; le Code le favorise. Les donations

entre personnes qui ont une affection réciproque sont morales et licites. Ces actes ne deviennent contraires à la loi ou aux bonnes mœurs que lorsqu'ils sont faits entre certaines personnes ou à certaines conditions : les effets de commerce lorsqu'ils sont créés entre deux commerçants obérés qui simulent un mouvement de valeur qui n'a pas eu lieu en réalité ; les donations lorsqu'elles ont pour but de former ou de maintenir des relations illicites. Dépouillée de son élément illicite, des circonstances de fait ou des rapports de personnes qui la rendent contraire à la loi, la convention en elle-même, qu'elle soit une vente, une donation, une société ou un mandat, sera toujours licite et morale. M. Wagner considère la convention prise en elle-même lorsqu'il veut la classer dans les actes relativement mauvais, et, au contraire, la convention avec toutes les circonstances de fait qui l'entourent lorsqu'il veut la ranger parmi les actes absolument mauvais. Il modifie donc son critérium selon le résultat qu'il veut obtenir. La distinction qu'il propose « d'après la valeur abstraite » des contrats pèche donc par la base.

Section II

De la confiscation comme appendice de la répétition

Tandis que M. Meynial s'efforce seulement dans son essai de classification d'expliquer — sans vouloir les justifier — les apparentes contradictions de la jurisprudence, M. Wagner va plus loin. Il n'avoue pas implicitement, comme son savant prédécesseur, qu'une solution uniforme serait plus conforme à la fois aux textes et à l'intérêt social. Il prend la distinction qu'il a créée comme

base d'un système législatif tout nouveau qui ne tendrait à rien moins qu'à prononcer la confiscation du paiement répété par le débiteur. Si la convention était relativement mauvaise, la répétition d'après M. Wagner devrait être admise ; la confiscation devrait être au contraire prononcée si le contrat était absolument mauvais.

M. Wagner n'est ni le premier ni le seul à préconiser la confiscation de l'objet litigieux. Cette pénalité civile contre le débiteur «turpis» n'était étrangère ni au Droit Romain, ni à l'ancien droit ; certaines législations contemporaines l'ont adoptée.

Le Digeste déclarait que la donation entre époux unis par un mariage illicite était nulle et que les sommes ou les objets donnés pouvaient être confisqués par le fisc.

«Sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupil»lam, vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare »prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus »facta valeat ? et putem etiam sponsalia improbanda et »quasi ab indignis ea quæ donata sint ablata fisco vin»dicari». (Dig. Liv. 24. Tit I. Loi 32, § 28). Le Code, dans la même matière, consacre une solution identique (L. V, t. V. Const. 4).

Dans l'ancien droit, Domat considérait la confiscation comme le complément équitable de la règle romaine : «celui qui a donné est justement dépouillé de ce »qu'il avait employé pour un tel commerce et il ne peut »le répéter. Et celui qui a reçu ne peut profiter du prix »de son crime ; mais l'un et l'autre seront punis par les »restitutions et les autres peines qu'ils pourront méri»ter». (Des lois civiles dans leur ordre naturel. L. I, t. 18, sect. 4, N° 3). On a soutenu que la théorie de Domat était trop obscure pour mériter l'attention. Néanmoins, la pensée de cet auteur paraît suffisamment nette,

surtout si on l'éclaire par la note de Berroyer, annotateur de Domat, qui ne permet pas de douter que dans ce passage l'ancien auteur parle réellement de la confiscation.

Cette sanction ne resta d'ailleurs pas étrangère à la jurisprudence du Parlement de Paris ; une cause célèbre en servira de preuve : le procès de Beaumarchais et du conseiller au Parlement Goezman. Beaumarchais avait obtenu de la femme de ce conseiller, moyennant le paiement d'une somme d'argent, qu'elle lui procurât une audience de son mari, dans laquelle il comptait lui demander la solution rapide d'un important procès. Quelque temps après, mécontent sans doute du résultat de l'audience, il demanda à Madame Goezman la restitution de 15 louis. Un procès intervint à la suite duquel M. Goezman fut mis hors de cour; Madame Goezman condamnée au blâme, *à la restitution des 15 louis pour être appliqués aux pauvres* et à trois livres d'amende ; Beaumarchais également condamné au blâme et à trois livres d'amende (Mémoires de Beaumarchais. Edit. de la Bib. Nat., t. I, p. 7).

Enfin certaines législations étrangères, tout en consacrant la règle «nemo auditur», lui ajoutent comme correctif la sanction de la confiscation : Tels le Code civil autrichien, dans son article 1174 relatif aux «prestations données pour provoquer une action illicite», qui déclare : «les lois politiques déterminent les cas où le fisc est en »droit de prononcer la confiscation»; — le Code civil espagnol qui édicte la confiscation des choses litigieuses dans les procès relatifs aux contrats dont la cause est illicite (article 1305); — le Code civil portugais qui, au sujet «des contrats qui ont pour cause ou pour but un acte »criminel ou coupable», porte que dans le cas de turpi-

tude commune «toute récompense donnée ou promise »sera acquise aux établissement de bienfaisance en fa»veur de l'enfance» (articles 671 et 692).

Ces nombreux exemples montrent que le système de la confiscation proposé par M. Wagner est digne d'être étudié sérieusement. Nous ne saurions certes adopter complètement les idées émises par ce jeune auteur ; nous avons déjà condamné la distinction qu'il avait tenté d'établir entre les contrats relativement et les contrats absolument immoraux ; nous ne pouvons donc admettre, avec lui, que la confiscation puisse être prononcée dans cette seconde catégorie de contrats et non dans la première. Mais, tout en rejetant une partie du système de M. Wagner, celle du critérium, qui permet de distinguer entre les différents cas où se pose la question de la confiscation et ceux où elle ne se pose pas, ne pourrions-nous pas en admettre l'autre partie, celle relative à la confiscation elle-même, quitte à adapter cette peine civile à une nouvelle distinction pratique?

Doit-on préconiser, au point de vue législatif, la confiscation de l'objet litigieux, et si oui, dans quelle mesure? La confiscation est-elle équitable et conforme à l'intérêt social?

Il faut, au seuil de la discussion, écarter l'hypothèse où le paiement est plus dangereux que l'acte payé, où l'intérêt social exige que le débiteur qui a payé puisse obtenir la restitution. Par exemple la nullité de la contre-lettre qui augmente le prix ostensible d'un office ministériel est prononcée, parce que le paiement du prix caché peut entraîner le nouveau titulaire à des actes indélicats ou déshonnêtes, en vue d'obtenir un taux rémunérateur pour le capital trop élevé qu'il a versé. La confiscation de la somme litigieuse serait aussi dangereuse que le

maintien du contrat, puisque les deux procédés dépouilleraient le nouvel officier ministériel non du prix ostensible, mais du prix caché. Que la somme promise par contre-lettre soit acquise au cédant ou confisquée par le fisc, son paiement n'en contribuera pas moins à mettre le cessionnaire mal dans ses affaires. La confiscation conduirait donc à une conséquence diamétralement opposée à celle que recherchait le législateur en prononçant la nullité de la contre lettre.

Cette hypothèse laissée de côté, quelle est la valeur législative du remède proposé par M. Wagner?

Equité. — C'est surtout au point de vue de l'équité que la confiscation de la chose répétée par le débiteur «turpis» paraît devoir être admise. Nous avons vu que ni le système légal ni le système traditionnel n'étaient complètement équitables. Le premier — en accordant la répétition au débiteur coupable de fraude — lui donne une meilleure situation qu'au débiteur d'une obligation licite. Le second — en rejetant la répétition — permet au créancier de conserver le bénéfice de l'acte immoral qu'il a accompli. La confiscation remédie à ce double inconvénient : elle prive le créancier de tout avantage et par là l'incite à ne pas accomplir l'acte immoral qu'il a promis en retour de la somme payée. Elle ne permet pas que le débiteur, se faisant un titre de sa propre turpitude, puisse obtenir la nullité du contrat qui lui aura été désavantageux et la restitution du paiement effectué. Cette pénalité civile atteint également les deux contractants également en fraude. Elle paraît d'ailleurs bien appropriée au but à poursuivre : deux personnes ont fait, dans un but de lucre, un contrat illicite ou im-

moral ; il est naturel de les punir par la privation du gain qu'elles avaient escompté.

Toutefois, l'équité est-elle réellement satisfaite ? L'égalité de situation entre les deux contractants n'est-elle pas plus apparente que réelle ? Lorsque les deux parties ont l'une payé une somme, l'autre livré une chose, il sera possible de confisquer les deux objets du contrat. Un immeuble a été vendu en vue d'une destination immorale : on pourra prononcer la confiscation et de l'immeuble et du prix. La peine sera alors égale pour les deux contractants. Mais si la prestation effectuée en retour de la somme payée est un fait, consiste en services, en démarches, la confiscation n'aboutira-t-elle pas à une inégalité choquante de situation. Une partie aura exécuté son contrat ; le courtier aura fait les démarches, obtenu le mariage recherché ; le concubin aura consenti aux relations illicites désirées. L'autre partie aura bénéficié de l'exécution de la convention ; elle aura obtenu en somme ce qu'elle désirait quand elle a contracté ; cependant elle ne pourra pas être dépouillée du bénéfice obtenu, puisque le mariage a été contracté, les relations illicites ont eu lieu. Au contraire, son co-contractant, qui a exécuté le contrat, se verra dépouillé, au profit du fisc, de la somme acquise en rémunération. Sans doute, ce contractant n'est en aucune façon digne d'intérêt. Mais l'autre partie ne l'est pas davantage. Pourquoi donc cette inégalité de situation entre deux personnes également complices de la même fraude ?

Aucune sanction n'est donc complètement satisfaisante en équité. Aucune ne permet d'obtenir une égalité absolue de situation entre les deux contractants. Il semble qu'à ce point de vue, ni le système légal, ni le système traditionnel, ni la confiscation ne conduisent à des con-

séquences acceptables. C'est sur un autre terrain qu'il faut rechercher quelle opinion doit être adoptée. Les deux parties, d'ailleurs, ne sont guère intéressantes ; il importe assez peu que l'une soit favorisée au détriment de l'autre. La meilleure solution sera celle qui tendra à diminuer le nombre des conventions illicites.

Intérêt social. — Le meilleur moyen de détourner les parties des contrats immoraux, c'est de ne laisser à aucune d'elles la certitude de conserver le gain illicite qu'elle a obtenu. Nous savons déjà qu'à ce nouveau point de vue, la sanction légale est bien supérieure à la sanction traditionnelle, qui rend le contrat inattaquable dès qu'il a été exécuté de part et d'autre. Mais la peine de la confiscation n'aura-t-elle pas un effet plus préventif encore ?

De prime abord, l'affirmative ne paraît pas douteuse. La sévérité de la peine qui dépouille les contractants au profit du fisc semble devoir les écarter de conclure des conventions aussi dangereuses. L'insécurité pour le créancier de conserver le prix de sa turpitude paraît aussi grande, puisqu'il sera dépouillé non plus par son contractant, mais par le fisc.

Toutefois, la situation du créancier n'est pas aussi mauvaise qu'elle le paraît d'abord. Le créancier aura de fortes chances de conserver la somme payée, parce que le débiteur n'aura plus intérêt à le dépouiller. Lorsque ce dernier agit en vue d'obtenir la restitution du prix versé, on conçoit que l'esprit de lucre le pousse à étaler sa honte au grand jour des débats. Mais si les deniers qu'il répète doivent être confisqués, il n'a plus intérêt à exercer son action. Il n'y trouve même que des inconvénients : la part qu'il a prise à l'acte immoral sera révélée par les

débats, connue de tous. Il sera déshonoré et c'est le fisc qui bénéficiera de l'action qu'il a intentée. Peut-on croire que le débiteur se lancera dans un procès dont l'issue ne peut que lui être préjudiciable ? Or, le débiteur n'agissant pas, et il n'agira pas parce qu'il n'a pas intérêt à le faire, le créancier sera dans une sécurité complète, et le but recherché, qui est de lui enlever toute certitude au sujet de la conservation de son gain, ne sera pas atteint.

Nous conclurons donc que la solution du Code civil est en même temps la meilleure au point de vue législatif. Sans doute, elle aboutit parfois à une certaine inégalité entre les deux contractants ; elle blesse en quelque mesure l'équité. Mais cet inconvénient est atténué par ce fait que les deux contractants sont peu dignes d'intérêt et que la situation qui leur est faite est, en somme, indifférente. D'ailleurs, la règle « nemo auditur » ni la peine de la confiscation n'aboutissent, à ce point de vue, à un résultat plus satisfaisant.

La répétition accordée au débiteur, dans tous les cas sans exception, est encore le procédé le plus propre à détourner les parties des pactes immoraux ; c'est elle qui satisfait le mieux aux exigences de l'intérêt social.

CONCLUSION

Nous avons recherché quelle était, pour les deux questions que nous avions posées au début de cette étude, la solution à la fois la plus équitable et la plus conforme à l'intérêt social. Parvenu au terme de notre ouvrage, il convient de rapprocher ces solutions l'une de l'autre et de les rattacher, si possible, à un principe général qui les éclaire et les relie, de manière à former, selon l'expression allemande, une « construction juridique » élégante.

Il ne suffit pas, en effet, qu'une disposition légale puisse produire, en certains cas, des résultats fâcheux pour que l'on modifie dans son ensemble la théorie juridique à laquelle elle se rattache, à supposer que cette dernière donne satisfaction à tous les autres points de vue. D'autre part, si l'on demande une modification partielle, encore faut-il que la disposition nouvelle ne rompe pas l'accord des principes admis en la matière, qu'elle fasse corps — et non pas tache — avec les dispositions qui l'entourent, afin que, meilleure pour telle raison, elle ne soit pas, pour toute autre raison, plus importante, pire que la disposition qu'elle remplace ou modifie.

A ce point de vue, les conclusions que nous avons adoptées ont une portée bien différente.

Quant aux conséquences de la nullité, le système légal

nous a paru devoir être maintenu. Il est seulement désirable que la jurisprudence persite dans la voie qu'elle semblait s'être tracée dans les arrêts de 1887 et 1888. La distinction qui paraît se dégager de ses décisions, suivant que c'est le paiement lui-même ou l'acte payé qui présente un danger pour la société, ne paraît pas devoir être admise. On ne peut que souhaiter un retour complet et définitif de la jurisprudence à la sanction légale.

Mais, quant au principe même de la nullité, la solution consacrée par le Code civil est défectueuse. La théorie de la cause apporte une limitation trop rigoureuse aux pouvoirs du juge ; la distinction de la cause et des motifs semble appelée à disparaître. Nous avons préconisé l'adoption d'une disposition analogue à celle de l'article 138 du Code civil allemand, qui permet aux tribunaux d'apprécier l'acte qui leur est soumis, dans son ensemble, dans la totalité de sa manifestation extérieure. Dès lors, la théorie de la cause devient inutile: cet élément, fixe et déterminé de la convention, n'a plus sa raison d'être. Un contrat n'a plus que deux éléments essentiels : le consentement et l'objet.

Mais l'article 1131 ne prévoit pas seulement l'illicité ou l'immoralité de la cause, il prévoit aussi son absence ou sa fausseté. Comment concilier la nouvelle théorie avec l'ancienne? Faut-il adopter une solution uniforme dans les deux hypothèses ou bien distinguer selon qu'il s'agit de la cause illicite ou de l'absence ou de la fausseté de la cause ?

Deux législations sont dignes de solliciter notre attention, parce qu'elles résolvent le problème d'une façon différente.

En Droit Romain, le principe était le même dans les deux cas ; l'acte juridique était valable dès que les

formes légales avaient été observées ; le contrat sans cause ou dont la cause était illicite n'en était pas moins obligatoire. C'était la théorie de l'acte abstrait. Toutefois, si le préteur reconnaissait qu'en fait la cause n'existait pas ou était contraire aux bonnes mœurs, il accordait une action ou une exception au débiteur malheureux, afin de détruire les conséquences pratiques de son engagement. Le débiteur restait théoriquement obligé, mais, par faveur, on lui permettait de ne pas exécuter la prestation promise ou de répéter le paiement effectué.

Le nouveau Code civil allemand adopte une solution mixte : tandis qu'au point de vue de l'absence ou de la fausseté de la cause, il consacre la théorie romaine de l'acte abstrait amendée par celle de l'enrichissement injuste, il la repousse quant à la cause illicite. L'article 138 frappe de nullité l'acte contraire aux bonnes mœurs. Si donc le débiteur de l'obligation illicite n'est pas tenu d'exécuter ou peut répéter, ce n'est pas par une dérogation aux principes dictée par l'équité, c'est par une application logique du principe de la nullité de son engagement.

On conçoit donc trois systèmes possibles : ou bien la convention dont la cause est inexistante, fausse ou illicite restera valable théoriquement, mais sera dépourvue de toute efficacité pratique, ou bien elle sera déclarée nulle de nullité radicale, ou bien on distinguera suivant qu'il s'agit de la cause illicite ou de la fausseté et de l'existence de la cause.

Parmi ces trois solutions, la première, la solution romaine, nous paraît préférable. C'est elle qui concilie le mieux l'intérêt des contractants avec l'intérêt des tiers. Comme les deux autres, elle permet au débiteur de l'obligation sans cause ou dont la cause est illicite de ne pas

l'exécuter, ou si l'exécution est accomplie, de répéter le paiement. Elle a donc les mêmes avantages que les deux autres systèmes. Or elle n'en a pas les inconvénients: si l'on considère les rapports des contractants avec les tiers, elle paraît bien supérieure.

Supposons, en effet, que la convention vicieuse ait été exécutée ; l'objet de l'obligation a été livré. Le nouveau détenteur, en possession du bien ainsi acquis, peut à son tour l'aliéner. Quelle sera la situation du sous-acquéreur ? Si l'on admet la nullité absolue de la convention primitive, cette dernière n'a pu transférer la propriété au créancier payé : celui-ci n'ayant pas acquis de droit sur la chose n'a pu transférer ses droits au sous-acquéreur qui sera par conséquent dépouillé par le débiteur qui a payé l'obligation sans cause ou à cause illicite. La nullité absolue produit donc des effets réels qui réagissent contre les tiers. Si la chose litigieuse est un objet mobilier, le sous-acquéreur mis en possession pourra la conserver par application de la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279 C. Civ.). Mais s'il s'agit d'une créance ou d'un immeuble, le sous-acquéreur sera dépouillé, alors même qu'il aurait rempli toutes les formalités de publicité : transcription du transfert immobilier, notification de la cession de créance au débiteur cédé, parce que ces formalités supposent une aliénation et qu'ici l'aliénation n'a pas eu lieu, le vendeur n'ayant pu céder des droits de propriété qu'il n'avait pas.

Au contraire, si l'on admet le système de l'acte abstrait, l'acquisition primitive était valable ; elle a transféré la propriété au créancier payé, qui a pu à son tour la transmettre valablement à un sous-acquéreur. Sans doute, si le débiteur s'était engagé sans cause, ou sur fausse cause,

ou sur cause illicite, il pourra agir contre son ex-créancier, mais par une simple action personnelle, fondée sur l'enrichissement injuste, qui n'aura aucune efficacité contre les tiers acquéreurs.

Dans le conflit qui se produit entre le débiteur qui a payé et le sous-acquéreur, le premier système est donc favorable au débiteur, le second au tiers. Or, entre ces deux personnes, l'hésitation n'est pas possible : le débiteur a concouru à la convention illicite ou au contrat sans cause ; il est coupable, sinon de fraude, tout au moins d'une certaine imprudence. Au contraire, le sous-acquéreur a pu ignorer le vice qui entachait le titre de son auteur : c'est lui qui doit être préféré.

La sécurité des tiers et, par voie de conséquence, les besoins d'une libre et facile circulation des biens nous conduisent donc à adopter la théorie romaine de l'acte abstrait. Il ne saurait être question, toutefois, de l'adopter telle qu'elle existait en Droit Romain. Le caractère abstrait y était intimement lié au caractère formaliste des contrats. Le formalisme a aujourd'hui vécu — du moins comme règle générale de formation des conventions, — parce qu'il est inconciable avec la fréquence et la célérité des relations commerciales modernes. Mais on conçoit fort bien que la convention conserve, en dehors de toute idée de formalisme, son caractère abstrait. N'est-ce pas ce qui se produit dans certaines législations étrangères comme la législation allemande, qui admet la théorie de l'acte abstrait au point de vue de l'absence ou de la fausseté de la cause, et qui pourtant n'est nullement formaliste.

D'ailleurs, ce retour d'une législation avancée vers les solutions adoptées par les législations primitives n'est pas un fait sans précédent. On pourrait en citer plusieurs

exemples. Le plus intéressant n'est-il pas la pratique des compensations suivie entre commerçants, entre sociétés, entre Etats, et qui rappelle l'ancien régime du troc, de l'échange des marchandises effectué sans le secours de la monnaie ?

Mais l'adoption de ce système fait naître une grave difficulté. La règle «nemo auditur» et le refus de la répétition au cas de turpitude du débiteur étaient la conséquence rationnelle et logique de la théorie et l'acte abstrait. La convention dont la cause est illicite restant valable et obligatoire, le débiteur en s'exécutant n'a payé que ce qu'il devait. Pour que le législateur se préoccupe de sa situation et fasse échec aux principes qu'il consacre, il faut au moins que le débiteur soit digne de cette faveur. Faudra-t-il donc rétablir l'ancienne distinction romaine entre les trois cas de fraude du créancier seul, du débiteur seul, ou de turpitude commune, pour n'accorder la répétition que dans la première hypothèse?

S'il en était ainsi, nous serions en contradiction avec nous-même, puisque nous avons admis que la meilleure solution, en législation, était celle qui accordait toujours la répétition au débiteur, même «turpis». Mais la conciliation entre ces idées n'est pas impossible.

La théorie de l'acte abstrait, affinée, modernisée, aboutit en définitive à déclarer la convention nulle entre parties, valable à l'égard des tiers. La répétition accordée au débiteur n'est que la conséquence de cette idée que la convention est nulle entre parties. Ce ne serait pas le seul cas dans lequel, d'après notre droit, un acte apparent est dépourvu d'efficacité entre les contractants, mais reste obligatoire à l'égard des tiers. Ainsi la contre-lettre ne peut modifier qu'entre les contractants les effets de l'acte ostensible (article 1321 C. C.)

En résumé, à la théorie de la cause nous paraît devoir être substituée la théorie de l'acte abstrait. La convention n'aura plus que deux éléments essentiels : le consentement et l'objet. Si aucun de ces deux éléments ne se trouve vicié, le contrat sera valable. Seulement, si ce contrat est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il sera dépourvu entre parties de toute efficacité pratique. Le créancier ne pourra pas en poursuivre l'exécution et le débiteur qui a payé aura l'action en répétition, même s'il a participé à la turpitude dont l'acte est entaché.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
MARGAT.

Montpellier, le 8 juin 1903.
Vu : *Le Doyen*,
VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 10 juin 1903.
Le Recteur,
ANT. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE

Droit Romain

Accarias.— Précis de Droit Romain, 2 vol., 4e édition, 1886.

Paul Gide.— Etudes sur la novation et le transport des créances en Droit Romain, 1 vol., 1879.

P.-F. Girard. — Manuel élémentaire de Droit Romain, 1re édition, 1896.

Ancien Droit

Esmein.— Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, 1 vol. Paris, 1883. Larose et Forcel, édit.

Pothier.— Traité des obligations, année 1818. Paris, Beaucé, libr.

Domat.— Les lois civiles dans leur ordre naturel, 2e édition. Paris, veuve Coignart et fils.

Droit allemand

Saleilles. — 1° L'obligation selon le projet de Code civil allemand, 2e édition. Pichon, éd. Paris;
2° De la déclaration de volonté, Pichon, éd. Paris.

Droit français

Aubry et Rau.— Cours de droit civil français, 4e édition, 1869, et 5e édition, 1900-1902. Marchal et Billard, éd. Paris.

Bartin.— Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs, 1 vol., 1887. Arthur Rousseau, éd.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — Traité théorique et pratique de droit civil.— Des obligations, 1895. Larose, édit.

Baudry-Lacantinerie et Colin. — Traité théorique et pratique de droit civil.— Des donations entre vifs et des testaments.

Brissaud.— De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en Droit Romain et en Droit français. Thèse, Bordeaux, 1879.

Bufnoir.— Propriété et contrats, 1 vol. Paris, 1900. Rousseau, éd.

Colin.— Théorie de la cause des obligations conventionnelles. Thèse, Paris, 1896. Larose et Forcel, éd.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code civil, 2e édition, 1881. Plon et Cie, imp.-éd.

Dubois.— Note sur la règle « nemo auditur » au Sirey, 1874, 1, 241. (Cass. civ. 15 déc. 1873).

Gauly.— Essai d'une définition de la cause dans les obligations. *Revue critique*, année 1886, p. 44.

Hémard.— Des effets de complaisance. Thèse, Paris, 1900. Larose et Forcel, éd.

Huc.— Commentaire théorique et pratique du Code civil, 14 vol., 1892. Cotillon, éd., Paris.

De Lapradelle et Lévy Ullmann.— Les négociations de valeurs cotées effectuées par l'intermédiaire des coulissiers devant la jurisprudence. *Annales de droit commercial*, année 1896, p. 117.

Labbé.— Note sur les opérations en coulisse, au S. 1881, 1, 289. (Cass. Req. 28 fév. 1881).

Laborie.— Rapport devant la Cour de Cassation au sujet des contrats d'entremise matrimoniale, au D. 1855, 1, 147. (Cass. civ. 1er mai 1855).

Larombière.— Théorie et pratique des obligations, 5 vol., 1857. Durand, libr.-éd., Paris.

Laurent.— Principes de droit civil français, 33 vol., 3e édition, 1878. Marescq, éd., Paris.

Locré.— La législation civile, com. et crim. de la France, ou commentaire et comparaison des Codes français, 31 vol., 1827-32. Treuttel, éd., Paris.

Meynial.— Note sur les effets de complaisance, au S. 1891, 2, 89. (Paris 16 nov. 1888).

Meynial. — Note sur la distinction de la cause et des motifs, au S. 1896, 1, 289. (Cass. Req. 1er av. 1895).

— Note sur la règle « nemo auditur », au S. 1890, 2, 97. (Caen 18 janv. 1888).

Planiol.— Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 1900. Pichon, libr. Paris.

— Dans quels cas la donation faite par un concubin à l'autre peut être annulée. *Revue critique*, année 1888, p. 705.

— Note traitant de la distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, au D. 1891, 2, 113. (Nimes 22 janv. 1900).

Poncet.— Note sur les cessions de part d'offices ministériels, au D. 1887, 1, 465. (Cass. civ. 25 janv. 1887).

Saleilles.— L'Ecole historique et le droit naturel. *Revue trimestrielle*, t. I, p. 81 et suiv.

Thaller.— Note sur les effets de complaisance, au D. 1897, 2, 385. (Lyon 30 mars 1897).

Timbal. – De la cause dans les contrats et les obligations. Thèse, Toulouse, 1882. Douladoure-Privat, édit.

Wagner. – De la nullité de la cause illicite. Thèse, Paris, 1900. Larose et Forcel, éd.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

PRÉFACE V

INTRODUCTION GÉNÉRALE

DROIT ROMAIN. 11

I. — La théorie française de la cause est inconnue en Droit Romain 11

II. — Théorie de l'acte abstrait 14

III. — Des atténuations aux conséquences de cette théorie 20

IV. — De la notion de cause en Droit Romain. . . 28

V. — Comparaison du système romain et de la théorie française de la cause. 30

VI. — Les idées romaines et le nouveau Code civil allemand 34

ANCIEN DROIT. 42

PREMIÈRE PARTIE

DANS QUELS CAS LA CAUSE EST-ELLE ILLICITE?

IDÉE GÉNÉRALE. 49

CHAPITRE PREMIER

Code civil

Section I. — Qu'est-ce que la cause?. 51

Section II. — Distinction entre la cause et les autres éléments de l'obligation 58

Section III. — De la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs 64

Section IV. — De la preuve de la cause 68

CHAPITRE II

La jurisprudence

Section I. — Des contrats annulés pour cause illicite . . 78

Section II. — Confusion de la cause et des motifs dans les libéralités 84

Section III. — Confusion de la cause et des motifs dans les actes à titre onéreux 108

CHAPITRE III

Critique de la théorie de la cause

Section I. — La théorie de la cause et les faits 122

Section II. — La théorie de la cause et la raison 127

Section III. — De la suppression de la théorie de la cause. 131

DEUXIÈME PARTIE

DES CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ

IDÉE GÉNÉRALE 136

CHAPITRE PREMIER

Code civil

Section I. — Théorie admettant la répétition du débiteur dans tous les cas 140

Section II. — Théorie rejetant la répétition au cas de turpitude du débiteur. Réfutation de cette opinion.. 143

CHAPITRE II

La jurisprudence

Section I. — Des cas dans lesquels les tribunaux admettent la répétition exercée par le débiteur «turpis» . 152

Section II. — Des cas dans lesquels les tribunaux appliquent encore la règle romaine «nemo auditur» . . 168

CHAPITRE III

Lex ferenda

Section I. — Essais de classification des décisions de jurisprudence. Opinions de M. Meynial, de M. Wagner.

Les distinctions proposées existent-elles en jurisprudence ? Doivent-elles être faites en législation. 179

Section II. — De la confiscation comme appendice de la répétition. 187

CONCLUSION. 195

BIBLIOGRAPHIE 203

TABLE DES MATIÈRES 207